
La Il·lustració, l'Estat i les crisis de la modernitat

PID_00265344

Manuel José Vial Dumas

Temps mínim de dedicació recomanat: 7 hores



Manuel José Vial Dumas

L'encàrrec i la creació d'aquest recurs d'aprenentatge UOC han estat coordinats pel professor: Manuel José Vial Dumas (2020)

Primera edició: febrer 2020
© Manuel José Vial Dumas
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2020
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.

Índex

1. Noves maneres de pensar, noves maneres d'actuar: el progrés.....	5
1.1. Jusnaturalisme racionalista: el dret com a raó	7
1.1.1. El dret com a sistema lògic	10
1.1.2. El dret com a abstracció (universal)	10
1.1.3. El dret i el seu principi individualista	11
1.2. La crisi del sistema feudal	11
2. La Il·lustració i el dret com a projecte.....	13
2.1. El govern. L'Europa dels estats	16
2.1.1. L'imperi de la llei	17
2.1.2. El (frustrat) caràcter universal	18
2.2. El projecte liberal	18
2.2.1. La revolució i l'ona expansiva	21
2.2.2. Les nacions, l'Estat i el mercat	24
2.3. Una idea nova: el dret com a voluntat nacional	28
3. Fixar el dret, realitzar el projecte.....	30
3.1. Una qüestió prèvia: descriure o constituir	30
3.2. La influència del parlamentarisme anglès, un model premodern per a l'Estat constitucional	32
3.3. La influència del model nord-americà	33
3.4. Constituir i regular en els països de tradició romanogermànica	35
3.4.1. Constitucions per constituir	37
3.4.2. Els nous codis	41
3.4.3. Algunes consideracions sobre la codificació civil	43
3.4.4. Algunes consideracions sobre la codificació penal	45
3.4.5. Un dret unidimensional i nacional	47
3.4.6. El jutge com a simple aplicador	50
4. El que queda per resoldre: alguns problemes del projecte liberal.....	52
4.1. Un parlament sense control	52
4.2. La igualtat formal	54
4.3. Individualisme	55
4.4. Tensió entre tradició i projecte	57
4.5. Mercat, treball i qüestió social	60
5. La crisi de l'Estat de la Il·lustració liberal i la transformació del dret.....	64

5.1. Les guerres: el malson, el somni i novament el malson d'Europa	64
5.2. El socialisme jurídic o la socialització del dret	68
5.2.1. El dret del treball	68
5.3. L'estat del benestar i el miracle europeu	70
5.4. El pluralisme jurídic	72
5.5. La constitucionalització del dret i el nou <i>ius commune</i>	75
5.6. La Unió Europea	80
6. Epíleg. El pessimisme i la crisi de l'estat del benestar.....	82
Bibliografia.....	85

1. Noves maneres de pensar, noves maneres d'actuar: el progrés

El 1705, Denis Papin (1647-c. 1712), un dels precursors de la màquina de vapor, va rebre un disseny de Thomas Savery (c. 1650-1715). A partir d'aquest esbós perfeccionaria una màquina per elevar l'aigua. La màquina de vapor i amb ella la Revolució Industrial estaven en embrió, Europa bullia en avenços tecnològics i descobriments científics, el món estava a punt de fer un salt en la tècnica, l'accés als béns, les comunicacions i en la capacitat productiva que no es veia des de feia mil·lennis, potser només comparable al que es va produir amb el naixement de les primeres civilitzacions. Qui lliurà a Papin el primer esbós amb les idees de Savery fou Gottfried Leibniz (1646-1716), un intel·lectual universal, matemàtic, filòsof i, també, jurista. Ell seria en bona mesura un dels pares de la idea moderna i il·lustrada d'un dret codificat basat en criteris científics, una idea que quallarà entre mitjan segle XVII i principis del segle XIX. Aquesta anècdota no és casual, el món intel·lectual de l'època estava sacsejat per noves idees que eren impulsades des de l'enginyeria per aquells avenços tècnics que al seu torn retroalimentaven una nova manera d'entendre el món. **Darrere de tots aquests canvis, dels tecnològics i filosòfics, hi ha subjacent una mateixa idea que actua com a teló de fons de tota aquesta època: la del progrés basat en la raó humana.**

La idea de progrés

La creença en un progrés indefinit que porta les societats a un perfeccionament material i espiritual continu mitjançant l'acumulació del saber va tenir el seu auge als segles XVIII i XIX.

Entre mitjan segle XVIII i mitjan segle XIX la vida es transforma. Almenys a les grans ciutats, les màquines comencen a fer-se un lloc en la vida quotidiana, la producció industrial permet la multiplicació de productes i que una part de la població cada vegada més gran hi pugui accedir, la indústria genera l'aparició de noves oportunitats de treball i noves vies de desenvolupament. En termes materials, el món havia estat molt similar des de l'aparició de les primeres civilitzacions, des del desenvolupament de l'agricultura i la construcció de les primeres ciutats, la vida dels humans que vivien en civilització no havia experimentat canvis tan grans com els que les màquines, el nou sistema econòmic i el pensament d'aquesta època inauguraven. La vida d'un camperol sumeri el 3000 aC no era gaire diferent de la d'un camperol romà del segle I, o d'un longobard del VI dC. No distava gaire, tampoc, la vida de l'habitant del París del segle XIV dC amb la del de Roma al segle II dC. La fragilitat del suport del coneixement suposava que la vida dels homes i les dones d'una època pogués ser, en termes tecnològics, fins i tot més rudimentària que la dels seus avantpassats. L'avenç i el retrocés en termes tècnics, econòmics i culturals estaven a l'ordre del dia. Una invasió, una sequera, una crisi econòmica d'importància podien enfonsar durant moltes dècades o fins i tot segles una àrea determinada; a una època d'esplendor podia succeir-la una de decadència, i viceversa.

Abans del segle XVIII, mirar endavant i endarrere en el temps era com mirar una gran planura amb algun turó reconeixedor a l'horitzó. Si una persona del segle XVI mirava el passat veia els antics al seu turó, o el de Jerusalem en temps de Crist; però no sentia respecte a l'un o l'altre una distància tan infranquejable com la que imposa el progrés, l'únic que el separava d'ells era el temps. En canvi, l'hi unia la tradició i la pertinença a un mateix temps espiritual.

El progrés obre una bretxa molt més profunda: el passat s'entén com a quelcom superat per l'evolució de les societats humanes, la planura es transforma en una rampa que la humanitat transita cap a unes altures que fan que allò que ha quedat enrere també quedi més avall.

El progrés suposa la cancel·lació dels cicles, de la possibilitat que el futur sigui pitjor.

Els avenços científics i les màquines hi tenen molt a veure. Fins llavors, els éssers humans viuen de les forces que la natura proveeix. Si alguna cosa es desplaça o es mou ho fa per la tensió i distensió dels músculs d'un animal, o per la força del vent o per la de les aigües. En aquell temps, l'ésser humà no s'ha distanciat de la natura ni creu poder dominar-la, com a molt aplacar-la. La realitat li ve donada, les condicions són les que la natura disposa i que la societat organitzada aconsegueix modelar sobre aquesta realitat.

Per això el passat gaudeix de prestigi, perquè és constitutiu i constituent de la societat en què s'habita; el món està conformat per la creació de Déu i la societat dels homes ordenada segons la forma que el pas del temps li ha anat donant. Fe i tradició són part de la raó per la qual es coneix el món. Això està a punt de canviar.

A mitjan segle XVI, Nicolau Copèrnic va plantejar la teoria heliocèntrica. Poc després, Johannes Kepler proposà les seves tres lleis sobre el moviment dels astres i Galileu Galilei, que construí un dels primers telescopis, pretenia confirmar el moviment de la Terra, a més de moltes altres observacions. El 1628, William Harvey descobreix que la sang circula a través del cos i que el cor és l'òrgan que la bombeja. El 1644, Torricelli inventa el baròmetre; el 1685, Isaac Newton va presentar les seves lleis de moviment i la llei de la gravitació universal. Poc abans, Anton van Leeuwenhoek descobreix, amb l'ús de lents d'augment, l'existència de microorganismes, i aquell mateix segle es produeix un salt sense precedents en les ciències mèdiques, els procediments diagnòstics, l'anatomia, les tècniques quirúrgiques. Som a les portes del segle XVIII i amb ell arribarà la màquina de vapor, les vacunes, el sextant, la incipient indústria. Als ulls dels homes d'aquells segles, el progrés era una realitat evident; de sobte, l'anterior, el passat es converteix en una preparació del present, en una avantsala de quelcom millor. Quan aquestes ciències de la natura

Un nou model de coneixement

El 1637, René Descartes publica el seu *Discurs del mètode*, les tesis del qual descriuen les noves maneres de conèixer que es consolidaren com a dominants durant els dos segles següents.

són capaces de desxifrar la realitat del cosmos, quan és possible transformar la natura, el que ve donat, quan és possible moure objectes amb ferros i calor, una nova manera d'entendre el món s'imposa. **Entre els segles XVII i XVIII, les ciències físiques i matemàtiques comencen a erigir-se en un model de coneixement, són el nou far que substitueix les ciències morals i jurídiques, i seran aquestes últimes les que s'hauran d'adaptar al mètode de les primeres.**

La fe i la tradició, que eren fins aleshores pilars del coneixement racional, a poc a poc són expulsades d'aquest marc científic. Aquesta nova manera de conèixer, que ha portat a aquests descobriments, és empírica, no parteix de la base d'un coneixement donat ni revelat ni que forma part de la tradició. Per tant, la fe i la tradició a poc a poc deixen de ser rellevants per al coneixement; en altres paraules, ens trobem davant d'una nova raó, un pensament crític que és la mare de la Il·lustració. Això no vol dir que el pensament il·lustrat sigui antireligiós o que menyspreï la història i la tradició. Però sí que vol dir que aquest coneixement ha de ser sotmès a la crítica del nou mètode. Efectivament, el mètode pel qual es coneix el món físic i matemàtic pot ser exportat, segons la visió dels pensadors de la Il·lustració, a l'anàlisi metafísica de les societats o del dret.

D'aquí que l'ordre social sencer es posi sobre la taula per ser debatut i esmicolat pels pensadors, els polítics, els juristes i els poderosos de l'època. La Il·lustració és un moviment que es desenvolupa en aquestes classes i a pràcticament la totalitat d'Europa.

Entre aquests homes hi ha la convicció profunda que l'ésser humà ha arribat a desxifrar la naturalesa de les coses i a dominar-la. Així com descobreix i utilitza les lleis de la física, també així pot, a partir de les lleis naturals del comportament humà, modelar el món i una societat diferent.

Una convicció que porti la llum a cadascun dels membres d'aquestes societats i que inauguri una època de felicitat pública. A aquest carro hi pugen, com diem, aristòcrates, prínceps, filòsofs, juristes i intel·lectuals en general. Allà a dalt, en la cúspide d'aquestes societats, es discuteix el nou model i l'estructura que aquestes han de tenir. El dret, com no pot ser de cap altra manera, és un dels pols més importants d'aquest debat.

1.1. Jusnaturalisme racionalista: el dret com a raó

Per al pensament jusnaturalista i en general per al pensament pre-il·lustrat el dret és raó. Això vol dir que el dret és quelcom donat, existent o preexistent, que pertoca als éssers humans descobrir i desxifrar. Podem, per exemple, predicar que el dret és raó divina, com en el món medieval, en què els juristes

entenien que la societat en el seu conjunt i la mateixa naturalesa estaven ordenades segons un pla diví. En aquest pla, la llei es troba en les coses mateixes, en la naturalesa mateixa i en aquella organització social que la tradició havia conformat. El poder s'estructura a partir de la legitimitat que aquest ordre li atorga i es remodela també en funció de la realitat que el sustenta. Per això els juristes cultiven el dret com una sèrie d'eines per trobar la resposta a la pregunta de la justícia que conté cada problema, cada cas concret. No hi ha regles universals per a tots els homes i tots els temps, sinó eines que serveixen per trobar la solució justa al cas concret. **L'equitat és, com ja hem vist, trobar aquesta raó natural que ha de donar una solució al cas concret.** Tota la construcció del dret es funda en el convenciment que allò que fan els juristes és elaborar vies per arribar a aquesta solució. **L'equitat escrita o constituïda és aquella que els juristes i els legisladors han anat plasmant en dret positiu, i que és el fruit de la tradició secular i dels textos antics.**

Des de l'humanisme del segle XVI –que, com hem vist, ja és antropocèntric, centrat en l'individu, optimista i confiat en l'ordre social dirigit per un sobirà–, aquesta manera d'entendre el dret comença a capgirar-se. El canvi té a veure amb la idea que hem citat al principi d'aquest mòdul, la de progrés. En un món on el passat no només queda enrere sinó també més avall, a poc a poc la tradició deixa de ser determinant i l'ordre diví només es pot esgrimir en el discurs públic com a raó creadora, com a acte primer de l'univers, però no com a tradició religiosa ni revelada. Si ens desfem, doncs, de la fe i de la tradició com a maneres d'entendre i justificar el món, si aquestes esferes queden cancel·lades com a arguments en el debat públic i científic, llavors es pot reformular tot l'ordre establert fins a aquell moment; i no només és possible, també és necessari. Per això no és estrany que els precursors d'aquest pensament comencin les seves disquisicions sobre l'ordre social tot preguntant-se no pas sobre aquell que se'ls presenta al davant, no sobre la societat en què viuen, sinó sobre aquell que origina l'ordre social, sobre què han de ser de les societats humanes, per després provar de corregir allò en què aquell ordre originari i els seus límits han estat alterats per la tradició. Això és molt important, perquè si la societat no pot explicar-se en la tradició o la fe, tampoc aquestes dues dimensions serveixen de fonament per a la legitimitat del poder, del dret, de l'ordre social en general.

És per això que Thomas Hobbes (1588-1679), per exemple, desplega un intent de justificar el poder polític en la necessitat que imposa un estat de naturalesa que és sinònim de guerra; John Locke (1632-1704) també remet a un estat de naturalesa que, en canvi, concep com a estat de pau però que, davant del conflicte, necessita una organització creada i estimada pels mateixos que la integren; una organització pactada, ineludible i, en qualsevol cas, independent de la forma que la tradició ha donat fins al moment a aquella societat. Aquesta organització social tradicional, que aquests homes tenen davant seu, en la seva visió, és una rèmora que allunya l'individu i la comunitat de l'organització natural, de la igualtat natural, de l'individualisme natural. L'ordre social donat, tradicional, no es justifica per si mateix, al contrari, davant del pensament

contractualista sembla una perversió d'un acord original. Això genera un problema fonamental: cal trobar un relat que expliqui i legítimi el poder polític, perquè el relat anterior basat en la tradició ja no és vàlid.

Aquesta explicació, aquest relat, s'ha de basar ara en la nova raó, en les lleis de la natura que, investigades per uns, donaran lloc a les màquines i, investigades per altres, originen una nova concepció del poder i del dret.

Aquesta és la base del jusnaturalisme racionalista, allò que comença a conquerir el pensament dels juristes de l'època. Per a aquest corrent de pensament, el dret és raó, està en la natura, però no té res a veure amb la tradició ni amb la fe, té a veure amb les lleis naturals que es descobreixen mitjançant l'especulació filosòfica.

Les ciències de la natura han facilitat un nou cànon al món intel·lectual, un que ha de complir amb la raó empírica i esforçar-se, a través d'ella, a trobar les lleis de la natura. Així com Otto von Guericke (1602-1686), físic i també jurista, construïa la primera màquina de buit i donava així el tret de sortida a l'estudi de la termodinàmica, o mentre Newton (1642-1727) desxifrava les lleis del funcionament còsmic, Samuel Pufendorf (1632-1694) o Gottfried Leibniz (1646-1716) construïen un dret basat en lleis naturals desxifrades per la raó. Els juristes de l'època comencen a adoptar aquest mètode l'objectiu del qual era el mateix que el de les ciències físiques: descobrir les lleis de la natura que, per força, són universals i immutables, vàlides per a tots els homes i per a tots els temps.

En aquesta tasca s'involucra, per exemple, Locke (1632-1704), i després Voltaire (1694-1778) i Rousseau (1712-1778) quan assenten les bases d'una societat liberal i individualista. És a aquesta societat, en la seva visió, a la qual originàriament dona lloc un pacte social i un dret fruit d'una especulació racional a la recerca de les lleis de la natura. En canvi, per a ells, la tradició política i religiosa que ha produït una societat corporativa és una addició prescindible i indesitjable si impedeix el desenvolupament de l'esperit humà.

Aquests pensaments, que es desenvolupen entre les altes esferes d'aquestes societats, no poden concebre un dret que sorgeixi de baix, rústic, de costums antics, provinent del substrat popular sense cap justificació el sustenti.

Així com per a les ciències físiques les creences i les tradicions del passat són obstacles que cal desarrelar de la ment dels contemporanis per il·luminar-los, també ho és, per als *philosophes*, la tradició política i jurídica; sobretot perquè consideren que supera els límits substancials del pacte i que no està d'acord

El contracte social

La idea del contracte social no és nova, es pot rastrejar fins a l'antiguitat, en la modernitat s'observa en les obres de Francisco de Vitoria, Hugo Grotius i Thomas Hobbes, i en altres autors com els citats en el text.

Philosophes

Philosophes és la denominació que al segle XVIII es van donar a si mateixos els intel·lectuals francesos que promouen el moviment de la Il·lustració.

amb les lleis de la natura que regeixen el comportament humà. La natura i el pacte que dona lloc a la societat és, per a ells, sinònim de llibertat, de justícia, és el nou relat que serveix per justificar l'organització política.

1.1.1. El dret com a sistema lògic

Per al jusnaturalisme racionalista, el dret i l'organització política segueixen essent quelcom donat, que preexisteix en la natura; el dret, per tant, és raó, una raó que cal descobrir no ja en la inacabable varietat de fets, ni en la tradició, ni en la realitat mutable de les societats. El dret, la raó que l'estructura, s'ha de descobrir en la naturalesa immutable. Com en les ciències naturals, els juristes han de trobar els principis i les lleis fonamentals de l'acció humana, certs, innegables, autoevidents. Aquesta tradició, que arrela en el pensament de Francisco de Vitoria (1483 c.-1546) o Hugo Grotius (1583-1645), arrela en els segles següents fins a prendre forma, sobretot a partir de finals del segle XVII. Si els principis són evidents, no cal la revelació divina per al descobriment del dret, a partir d'aquests principis –el primer de tot: l'autoconservació– es pot erigir l'edifici jurídic. Això no s'oposa a la religió, sinó que separa el coneixement del dret de la tradició religiosa; el fa independent també de la tradició i la història social, dels fets, al capdavant.

D'aquests principis, tot utilitzant operacions lògiques, s'han de deduir altres normes més concretes i d'aquestes potser altres. L'últim exercici deductiu és el del jutge en la sentència. D'aquesta manera, el principi últim i suprem connecta amb la realitat més concreta i específica. A través d'un raonament lògic, la justícia universal continguda en els principis de la natura descendeix al cas concret. **Aquesta estructura de pensament suposa disciplinar tot l'aparell de l'Estat i l'estructura social a la llei, des de l'administració més alta fins a l'últim jutge,** tots estan obligats a acatar aquest instrument precíus que és la llei, sense excepció. És fonamental que això sigui així; en cas contrari, la realitat no es connecta amb la justícia universal. Tot es concentra en el legislador que, abans de la revolució burgesa, és per definició el rei. Tornarem sobre això més endavant quan tractem la configuració de l'Estat i la divisió de poders.

1.1.2. El dret com a abstracció (universal)

La manera d'entendre el dret que inaugura el jusnaturalisme racionalista implica també que el dret ja no emergeix del cas concret, sinó de l'especulació racional de caràcter universal. El jurista ha de canviar d'empremta i d'objecte d'estudi, si abans el seu objecte eren les tradicions d'una societat, els drets propis, la pluralitat d'ordenaments jurídics que emergeixen de la pràctica, els principis de la ciència jurídica reunits en la denominació de *ius commune*, la moral i la religió, les circumstàncies dels fets i les valoracions jurídiques que se'n podien extreure per aconseguir una solució equitativa, etc., ara el seu objecte d'estudi és la legislació que prové d'aquests principis naturals. El dret pot ser escrit des d'un despatx i sense conèixer cap

El gir copernicà del dret

Aquest és el primer salt a un dret modern i il·lustrat. És amb el jusnaturalisme racionalista que el dret fa aquest primer gir que suposa un canvi radical.

realitat, perquè el dret no prové de la realitat social, concreta i diversa, sinó de la natural, abstracta i universal. Aquest dret està fet per a un home mitjà que no existeix, que és igual a tot arreu i en totes les èpoques, perquè no habita en cap. Les seves relacions, els seus drets, la seva propietat, la seva llibertat són abstraccions, no són coses concretes que emergeixen dels fets com el dret anterior que tenia, com ja hem estudiat, un marcat caràcter factual i casuista.

Aquest dret ja no té a veure amb la història ni amb la cultura d'un poble determinat; és, o pretén ser, a la manera de les ciències naturals, universal. Els trets culturals del dret són, al final, deformitats, llasts que les societats arrossegueu des del passat. Tota aquesta postura davant el fenomen del dret i l'organització social té, com és evident, una conseqüència política ja que, com veurem, aquest dret és únic, no pot ser d'una altra manera, **és un dret que prové d'una sola font**, d'un sol productor, l'Estat. Ja hem vist que, en canvi, el dret anterior és plural, prové de múltiples fonts.

1.1.3. El dret i el seu principi individualista

Imaginar les noves societats suposa imaginar el moment de la seva constitució com a tals. Aquí és on apareix la idea del pacte, un pacte entre individus que viuen en un estat natural, previ a una organització social complexa. En les visions optimistes de l'estat de la natura, com la de John Locke (1632-1704), en què els homes viuen en perfecta llibertat abans de veure's obligats a l'organització política complexa, la necessitat de salvaguardar els drets de l'individu és més accentuada. Aquest individu és el centre que el poder ha de respectar i el dret protegir. La seva llibertat no es pot veure afectada més enllà dels límits que el mateix pacte autoritza, i això suposa defensar l'individu i el que és seu, la seva propietat. D'aquí parteix l'ideari liberal que quedarà reflectit, com veurem, en les primeres constitucions escrites i que posaran l'èmfasi en la defensa d'aquests dos extrems del mateix: llibertat i propietat.

No és casual. Cap pensament no neix aïllat del seu temps i les persones que abracen un pensament determinat són també participants del seu temps, un temps d'expansió colonial i precapitalisme que reclama la defensa del propietari burgès.

1.2. La crisi del sistema feudal

Els prínceps il·lustrats eren conscients de la decadència del sistema feudal. Ja al segle XV mostrava signes d'esgotament i llavors, en ple segle XVIII, amb un capitalisme mercantilista imperant i un d'industrial a les portes, el sistema productiu feudal quedava obsolet. La burgesia és la principal afectada d'aquest problema, és una classe que no troba el seu lloc en l'antic esquema. És una nova classe que ostenta a poc a poc una quota de poder econòmic, però que ha de bregar amb un dret que privilegia la noblesa i l'alt clergat.

Llibertat i propietat

Per al liberalisme, la vida, la llibertat i la propietat individual són els béns la defensa dels quals constitueix la missió primordial de l'Estat.

D'altra banda, el comerç en general és ple de traves. Ja hem dit que el dret medieval es funda en el privilegi, en la diferència, en la regulació local, en l'autonomia regional i en l'autonomia corporativa. Així, un gremi pot controlar la producció en una zona determinada, o una ciutat pot concedir permisos a determinats comerciants o productors. Cada comunitat política pot cobrar drets de duana i altres impostos especials. Com sabem, això genera, al seu torn, l'existència de múltiples ordenaments jurídics, la gran proliferació d'estatuts territorials, urbans, gremials, del regne, etc. El canvi que desencadenava el nou capitalisme necessitava un altre marc comercial. El govern econòmic en aquell moment significava poc més que fixar preus, controlar qui produeix i limitar l'accés del mercat de comerciants externs, tot això a escala local. El que exigeix la nova burgesia és, en canvi, un mercat més ampli, un sense barreres de municipi a municipi, sense protecció local.

A més del dret relacionat amb el mercat, l'ordenament jurídic en general està en crisi. El dret s'acumula sense sistematització. No era habitual derogar lleis ni cossos normatius anteriors en la mesura que aquests formen part de la tradició i dels instruments de què disposa el jutge per buscar una solució equitativa (tornarem sobre això). L'acumulació ingent de normes i de les seves recopilacions fa difícil anomenar-lo sistema normatiu. I, com hem vist, en aquesta època és precisament la idea en voga, construir un sistema, primer de les fonts, tot posant la llei en un primeríssim lloc, i després establir una regulació sistemàtica de cada àmbit de la vida social. Per portar a terme els canvis necessaris en el sistema econòmic i en el jurídic, els monarques europeus es posen en marxa. En aquestes reformes, juristes i fisiòcrates (els primers economistes) seran protagonistes. Les reformes il·lustrades, algunes de les quals analitzarem, mantenen aquesta direcció.

2. La Il·lustració i el dret com a projecte

Fins al segle XVII, els juristes i els governants del món occidental van ser restauradors, paletes o aparelladors de l'edifici legal. Els que practiquen aquests oficis modelen, remodelen, corregeixen l'estructura d'una construcció; canvien façanes, colors, formes, reforcen on s'ha produït un defecte, ensorren murs i parets, en reconstrueixen d'altres. Alguns aparelladors encara van més enllà i són capaços d'afegir una ala o una nova planta, de reutilitzar construccions antigues i reformar-les fins a fer-les semblar noves. Però tots ells parteixen d'un projecte donat, d'una construcció de base que no han ideat, que els precedeix. Els juristes i els governants del món il·lustrat, en canvi, es van convertir, o ho van pretendre, en arquitectes. En uns arquitectes capaços d'aixecar noves estructures del no-res, en els altres a què poguessin accedir o enderrocant les antigues construccions per refer-les des de zero.

En el món pre-il·lustrat, el dret i el poder són realitats donades, de fa segles, muntades pedra a pedra com una obra col·lectiva, com una catedral que no arriba a veure acabada aquell qui la projecta, ni el seu successor ni el successor d'aquest. O com una obra plàstica que es refà una i mil vegades tot afegint-hi petits girs que cada autor hi reflecteix i que s'adapta a la sensibilitat del seu temps. Un pantocràtor, per exemple, és el mateix al llarg dels segles, representat en centenars i milers de capelles i icones. L'important és, efectivament, que sigui el mateix, que es pugui reconèixer, que es pugui vincular amb la representació anterior i amb la nombrosa sèrie de representacions llegada pel passat. Allò que es vol representar no és la novetat, sinó el que és important. Però, alhora, el pantocràtor no és el mateix, cada temps remodela la façana de l'estructura essencial d'aquest motiu; Crist sempre governa el món, té la mà alçada per beneir i assenyala la seva natura trinitària, amb els evangelis o el món a la mà; però a vegades es mou, d'altres té una postura hieràtica, alguns cops té forma humana, i altres s'escapa de les formes d'aquest món; sovint està emmarcat en una ametlla mística, a vegades està sol, altres acompanyat dels evangelistes, que en ocasions tenen forma humana i a voltes es representen al·legòricament. A vegades també hi ha presents els apòstols o fins i tot personatges de l'època de l'obra, uns cops es vesteixen seguint la moda del seu temps, d'altres emulen les peces de vestir que se suposa que s'usaven a l'època original. **De la mateixa manera, el dret pre-il·lustrat no s'escriu com un projecte, sinó com la refacció, la remodelació de les construccions que ja són allà, els fonaments de les quals són valuosos. I no són valuosos perquè convingui simplement conservar-los. Ho són perquè, així com el pantocràtor ha de vincular-se amb la forma convencional que segons la tradició ha de tenir l'obra per ser un pantocràtor, el dret pre-il·lustrat s'ha de vincular amb la tradició per ser dret.**

Figura 1. Pantocràtor de la catedral de Cefalù, Sicília



Font: <https://es.wikipedia.org/wiki/Pantocr%C3%A1tor#/media/Archivo:Christ_Pantokrator,_Cathedral_of_Cefal%C3%B9,_Sicily.jpg>.

No és que el dret de la modernitat il·lustrada prescindeixi de la tradició; entre els fonaments dels codis vuitcentistes despunten les grans pedres arrossegades pels juristes romans i també per totes les comunitats que els van succeir. El problema no són els materials de l'edifici, sinó el relat que es fa de com s'erigeix l'obra. Els juristes il·lustrats, com tots els juristes d'èpoques anteriors, recullen les runes de les construccions antigues per erigir-ne de noves, però, a diferència d'aquells, no en reconeixen l'estructura subjacent, la refan o diuen que la refan perquè ja no necessiten ancorar el seu projecte en la tradició, sinó en la natura, primer (sota el signe del jusnaturalisme racionalista), o en la voluntat, després (amb l'hegemonia del positivisme). Mentre que els juristes del món pre-il·lustrat havien sostingut pedres noves sobre la construcció antiga, fins i tot amagant (però no destruint) estructures anteriors, els juristes dels segles XVIII i XIX pretenen deixar enrere l'antiga construcció per deixar pas a nous models que han ideat ells mateixos, els juristes, els polítics, els filòsofs.

És per això que són arquitectes del nou dret, mentre que els juristes pre-il·lustrats són paletes, restauradors o aparelladors; per a aquests darrers, l'estructura fonamental ve donada, té una forma preceptiva, com el pantocràtor, sense la qual, com s'ha dit, l'edifici resultant no podria ser reconegut com a dret.

La modernitat jurídica s'inaugura amb l'arquitectura deïsta. Allà, en aquella natura ignota, però cognoscible, hi havia per al jusnaturalisme racionalista els principis fonamentals del que és realment el dret, els plànols de l'edifici, o almenys les seves primeres pedres. A partir d'aquí, la política i els juristes

havien d'erigir l'estructura nova de les noves societats, ara sí, ajustades, segons la seva concepció, al pla correcte. No a aquell pla treballat pels aparelladors ni pels paletes o els restauradors tot basant-se en la improvisació –tot sovint l'encertaven, com dirien els juristes il·lustrats, però també van tòrcer el rumb–, sinó sobre els fonaments segurs d'uns principis certs, preexistents i universals, com la gravetat o la termodinàmica per a les ciències naturals. A partir d'aquí es podia construir un projecte nou sorgit de la simple deducció sil·logística de regles derivades d'aquests principis. No era una afirmació supèrflua quan, Leibniz deia que tot el dret cabia en una pàgina.

Com hem vist, a les portes de la il·lustració, als segles XVII i XVIII, la tradició es qüestiona, no pel seu valor com a relíquia ni com a obra del geni humà, sinó com a element de la raó i mitjà per conèixer la realitat i, per tant, com a mitjà per legitimar-la. Aquest qüestionament porta els *philosophes* a imaginar les primeres societats, a construir un relat nou sobre les societats humanes que prescindeixi de la vinculació amb el passat concret. És una manera de dir «ho hem fet malament, ara descobrirem (amb l'especulació filosòfica) com és en realitat la forma natural en què l'home s'organitza o s'ha d'organitzar en societats». D'aquí que aquesta nova construcció pugui deslligar-se del passat, oblidar que la tradició o la fe eren les que justificaven bona part de les institucions socials; la recerca ara és en la *physis* (natura).

De les especulacions sobre les primeres societats, els filòsofs de la Il·lustració teixeixen, al capdavant, un nou relat. No vull jutjar amb això com d'encertada o errònia és aquesta construcció. Tampoc no vull restar-li importància, al contrari, simplement pretenc fer palès que només un nou relat pot reemplaçar-ne un d'anterior. Evidentment, un observador intern considera que l'anterior és un relat (atorgant a aquesta paraula un to despectiu que jo no li atribueixo) i que el seu és una constatació.

És evident que, per construir sobre si mateixos una nova realitat, els relats no es poden presentar com a ficcions, però no per això deixen de ser-ho. Aquest nou relat connecta l'home amb allò *natural*, tot desposseint-lo de l'altre relat que en canvi és històric i teològic. Només així l'home il·lustrat pot prescindir de la tradició que legitima, que ordena, que regula; en superposar el nou relat pressuposa fictici el relat anterior.

Aquesta ruptura, que s'està forjant teòricament des de fa un o dos segles i que construirà la cultura jurídica de la modernitat il·lustrada, viurà el seu desplegament polític i jurídic des de finals del segle XVIII i sobretot al segle XIX. Efectivament, tant una visió del dret com l'altra, la jusnaturalista racionalista i la positivista que la seguirà, tenen en comú que el desconnecten de la seva antiga vinculació amb la tradició i la religió, amb l'antiga raó. Des de llavors,

l'argumentari fundat en allò històric, tradicional i moral serà cada vegada més decoratiu, cada vegada més relegat a exercicis retòrics que no pas usat en plantejaments pràctics i amb efectes jurídics.

Si el dret és voluntat o fruit d'una especulació filosòfica sobre el més profund de la natura humana, llavors no està en cap sentit vinculat amb el passat tret d'allò en què no ha estat, encara, reformat per aquesta mateixa voluntat o descartat per aquesta especulació.

A més, en el cas del dret entès com a voluntat, tot pot reformar-se, no hi ha límits intransitables perquè no hi ha principis naturals que limitin aquesta voluntat. Si a això hi afegim la noció de progrés que, com ja hem assenyalat, és el teló de fons d'aquesta època i un pilar essencial de la il·lustració, el resultat és clar: el dret i la política són un projecte que s'escriu cap al futur i que imposa a una realitat que l'home és capaç de modificar, a una naturalesa que li pertany.

En el món pre-il·lustrat, la humanitat és administradora de la natura (la Creació); la política i el dret tenen la seva font i la seva legitimació en l'antiga raó, que integra la tradició i la fe. En el nou món il·lustrat, el dret és un pla elaborat d'acord amb els criteris de la nova raó i s'ha d'imposar en realitat, el dret és un projecte futur que s'ha d'executar.

2.1. El govern. L'Europa dels estats

Els plantejaments que hem estudiat fins ara van comportar un moviment que es va estendre per tota Europa i també per les dues Amèriques. Aquesta actitud optimista, amb fe en el progrés de la humanitat, un progrés indefinit que la portaria a un estat millor, més just i pròsper, comporta la reformulació de la mateixa idea de govern. El nou Estat il·lustrat modela la realitat, la transforma, i en això consisteix llavors governar: transformar la realitat segons el que dicta la nova raó i portar fins a l'últim home la felicitat pública.

Per això, l'Estat il·lustrat de mitjan segle xx s'amplia per no impartir només justícia i seguretat exterior, que havia estat la seva missió fins aleshores, sinó per administrar el territori, l'economia, la vida social. Nous ministeris i oficines incrementen el volum de l'Estat; reformes com la dels Borbons, a la segona meitat de segle, que tendeixen a una centralització i organització de l'Administració en tots els territoris de la Corona, en són un bon exemple. Un exemple no gens aïllat, també Josep I a Portugal, Maria Teresa a l'Imperi austríac o Frederic II a Prússia emprenen reformes de caràcter il·lustrat.

L'esperit il·lustrat també promou, com es veu, la concentració de poder en mans de l'Estat, és a dir, del rei. És precisament amb aquest nou ideari, segons el qual el món es pot canviar des de dalt, que l'absolutisme assoleix el seu zenit que es coneix com a *absolutisme il·lustrat* o *despotisme il·lustrat*. En aquesta visió

Projecte i dret

El dret mai no havia estat entès com un projecte al qual la realitat s'havia d'ajustar. La nova confiança en les possibilitats de la raó humana va ajudar a concebre el dret d'aquesta manera.

L'Estat modern

Es tracta d'un Estat que emprèn obres de modernització, clavegueram, camins, ponts, hospitals, reformes educatives, econòmiques inspirades en els nous principis.

és justament el príncep el cridat a liderar el canvi social, tot desfent l'embolic administratiu i jurídic heretat de temps medievals. L'Estat ha de governar-se segons criteris racionals que promoguin la seva eficàcia i augmenten el control del rei, que es converteix en el gran reformador. Aquest és l'esperit de la reforma borbònica que substitueix l'antic govern de consells per un flamant govern de secretaries, els antics oficis per oficines i serveis. S'inaugura així una forma de l'Administració que heretarà l'Estat després dels grans canvis del segle XIX. Això caracteritza l'Europa del segle XVIII, que, contràriament a l'Europa medieval s'anirà construint com una Europa d'estats independents entre si, cada vegada més centralitzats i on un sol dret preval en tot el territori. Aquest Estat s'acosta molt a l'Estat constitucional que veurem néixer després de les revolucions de final del segle XVIII.

2.1.1. L'imperi de la llei

El monarca és també el gran legislador. La llei és, al seu torn, la gran eina de govern del món il·lustrat: la llei, d'una banda, ha de sotmetre una Administració dispersa i ordenar-la, també ha d'unificar el dret dels territoris que conformen les monarquies europees, plurals, compostes, com ja hem vist en altres mòduls. No oblidem que el moviment il·lustrat és elitista, vol ordenar el món des de dalt i el dret que hi impera és un dret tradicional, plural, dispar i amb sobreabundància de fonts. Pensem en els drets forals que ja hem estudiat, en el dret de cada població i regne o principat que conforma la monarquia. No es tracta d'un fenomen peninsular, tota Europa és així i el moviment il·lustrat insisteix que deixi de ser-ho.

Els intel·lectuals menyspreen aquesta forma del dret, que perceben confusa i rudimentària; els reis veuen amb bons ulls una reforma en aquest sentit, perquè un dret basat en la llei és un dret controlat pel legislador.

D'aquí ve que la Il·lustració inauguri una nova visió sobre les fonts del dret, una que entronitza la llei del príncep i relega el dret viscut, el que sorgeix de la tradició, dels fets i la cultura de cada comunitat política. En Rousseau, per exemple, el govern de la llei és l'ideal del govern, aquell que dona llibertat per ser just i racional en contraposició amb el dret tradicional, en contraposició amb el poder de decisió dels jutges o dels poderosos. El mateix afirmarà Immanuel Kant (1724-1804) en associar íntimament Il·lustració i deure d'obediència a les lleis. Cap part del poble no pot, segons el filòsof, oposar-se al poder legislatiu.

Per això, en aquesta visió, el respecte a la llei és la garantia de justícia, no l'examen tècnic del jurista o del jutge, no l'equitat ni el joc entre els diferents i antics ordenaments, només la llei. Aquesta nova visió de la llei que li atorga un setial gairebé religiós arriba als nostres dies i només ha decaigut, com veurem més endavant, en les últimes dècades amb conseqüències que encara s'han de veure.

2.1.2. El (frustrat) caràcter universal

El jusnaturalisme i la Il·lustració tenen vocació universal. No només en les idees, que l'abasten, almenys en tot el món occidental; també la tenen pel que fa al dret i al govern. No obstant això, en aquesta Europa, que a poc a poc s'havia anat consolidant com una Europa dels estats, aquesta pretensió universal del dret natural queda truncada. L'abstracció fruit d'una especulació filosòfica que desxifra les lleis de la natura no pot, per definició, estar circumscrita a un àmbit cultural, i tanmateix, així va ser: la realitat és que en cadascun d'aquests estats s'instaura a poc a poc un sistema monista i tancat en el qual l'única font del dret és la producció normativa provinent de l'Estat i només és vàlida en aquell Estat. El legislador per tant es converteix en el centre, en la pedra angular de tota la construcció de l'Estat. La voluntat del legislador expressada en la llei és el dret; la llei, la sobirania i tota la construcció política i jurídica del jusnaturalisme racionalista quedaran limitades, contra la seva vocació, al marc limitat de l'Estat.

2.2. El projecte liberal

L'home, en estat de naturalesa, és plenament lliure, és propietari del que és seu i conviu en harmonia amb els altres. La complexitat progressiva de l'organització social l'impulsa a segellar un pacte, un que serveixi, mitjançant la cessió d'una petita part de llibertat, per assegurar aquesta llibertat i aquesta propietat que ostenta. Aquest és, *grosso modo*, el plantejament liberal. És, almenys, el pensament de Rousseau que veu en la societat estamental, en els vestigis de l'ordre feudal, en els privilegis de la noblesa i el clergat, en els monopolis dels gremis i en els obstacles a la lliure circulació dels béns el contrari d'aquest plantejament inicial. La recerca d'un origen de les societats humanes, no històric però teòric, ha trobat aquests principis que, com ja hem dit, es declaren com a autoevidents. La llibertat i la propietat són, en el pensament liberal, dos béns sagrats que l'Estat ha de defensar; millor encara, limitar-se a defensar, sense interferir en altres qüestions de la vida civil.

Amb el que s'ha dit fins ara en aquest mòdul ja es pot entendre d'on prové aquesta conclusió. Però el problema no acaba aquí.

En la visió liberal, la societat de l'Antic Règim ha de ser desmuntada per poder corregir el rumb extraviat en el transcurs de la història occidental, sobretot a l'edat mitjana, que és el moment històric que els il·lustrats veuen amb més desdeny. Aquest plantejament redemptor és una llicència que permet l'optimisme il·lustrat en el progrés i la raó humana. El desmantellament ha de ser realitzat pel mateix Estat, perquè el resultat del pacte social és precisament aquest: un Estat en què només hi ha un poder públic, d'una banda, i la societat civil composta d'individus, de l'altra. Per cert, potser això sigui el més important, aquest plantejament és convenient, gairebé un vestit fet a mida, per a la burgesia, aquell tercer estat no privilegiat pel dret, però que havia anat guanyant terreny en els diferents àmbits socials. Ara, aquesta burgesia abraça el projecte liberal i el promou. No és casual que una de les seves principals banderes de lluita sigui la igualtat, el projecte liberal planteja una igualtat formal que, com veurem, és la que permet a la burgesia eliminar les barreres d'accés que el règim anterior interposava en la seva carrera cap al poder.

Si bé en el continent europeu la Il·lustració havia impulsat la figura del príncep, gran legislador i sobirà absolut, el nou projecte proposava limitar aquests poders, però no als del seu Estat. L'Estat havia nascut com un atribut del monarca, al principi petit era ara una gran casa, una estructura enorme de ministeris i oficines en què aquest poder es concentrava per administrar el regne. En altres paraules, l'edifici de l'Estat s'havia de conservar, encara que el seu propietari anterior fos desnonat o confinat a una ala des de la qual pogués dominar una sola part de tot aquest enorme poder. Per fer-ho, Montesquieu, a *L'esperit de les lleis*, s'inspira en la constitució anglesa que manté un equilibri entre diverses institucions i on cap d'ells no aconsegueix un poder absolut. Si el rei està relegat a una part de l'edifici de l'Estat, l'altra havia de ser assumida pel parlament, en el qual havia de radicar preferentment el poder de legislar, el de controlar la llei, aquest meravellós instrument, gairebé màgic, que havia creat la Il·lustració. El titular de la sobirania havia de ser la nació, una nova abstracció que deixava, finalment, l'Estat a les mans de la burgesia que la representa al parlament.

Només l'Estat, en definitiva, pot crear aquest escenari de desenvolupament que requereix el nou model econòmic capitalista. Només l'Estat pot generar la realitat del mercat lliure a l'interior de les seves fronteres. En cas contrari no seria possible trencar la resistència que els mercats locals, els seus gremis de comerciants i d'artesans, les ciutats i els productors agrícoles oposessin al projecte de liberalització d'aquest mercat. En concentrar el poder jurisdiccional, l'administració econòmica, el control de la força, l'Estat pot concloure la tasca unificadora empresa per les monarquies europees i convertir el territori en un mercat únic que no coneix duanes interiors, ni mesures de protecció

Liberalisme

Tradicionalment es coneix John Locke com el pare del liberalisme. Encara que no és difícil trobar precedents del seu pensament, és veritat que Locke formula els principis del liberalisme clàssic i inaugura una sèrie ininterrompuda de pensadors que els desenvolupen.

dels productors locals, ni tributs particulars. El projecte liberal garanteix, per això, el desenvolupament del capitalisme i la prosperitat de la burgesia, que és la que el promou.

El nou projecte suposava diverses reformes polítiques i jurídiques que anirem tractant en els apartats següents des de diferents perspectives. Aquí podem acontentar-nos amb l'enumeració d'algunes de les més importants:

- Un nou ordre econòmic de caràcter liberal, sense fronteres internes, ni privilegis, ni monopolis, ni organitzacions gremials.
- La defensa a ultrança de la propietat privada individual i absoluta.
- Concentració en l'Estat de tots els poders polítics i jurisdiccionals que encara poguessin estar disseminats en mans de senyors o col·lectius com els comerciants.
- El final dels privilegis i els ordenaments particulars de què gaudien estaments, grups o individus; el principi que s'imposa és la igualtat formal, del qual neix una societat de classes que es diferencia per la seva capacitat econòmica i no pels seus drets.
- La divisió de poders dins de l'Estat.
- La sobirania nacional.

Un dels grans problemes del projecte liberal i, en general, d'aquesta forma d'entendre el dret com a projecte és que es troba amb dos topalls que impedeixen rematar la seva implementació. D'una banda, el monarca absolut i, de l'altra, la noció anterior del dret entès com a tradició. El monarca ha anat promovent algunes d'aquestes reformes assessorat per juristes i economistes, els intel·lectuals de la Il·lustració; no obstant això, el seu propi poder és un poder tradicional, legítimat en aquest dret i en aquesta tradició política amb la qual el projecte, en la seva versió radical, vol trencar. Trencar amb aquest model social, implementar les mesures que el projecte liberal planteja suposa per al rei, tard o d'hora, disparar-se un tret al peu. Fins al segle XVIII, els interessos del monarca coincideixen amb els de la burgesia.

La modernització de l'Estat, la centralització i l'ordre institucional són coses desitjades pels uns i pels altres, i també per la intel·lectualitat il·lustrada. Però a finals d'aquest segle aquests interessos s'han anat separant, i la burgesia i els pensadors liberals volen fer-se amb l'Estat del rei, però sense el rei.

Com hem dit, aquest Estat construït per als monarques absoluts és l'única eina eficaç per implantar el projecte.

Això és el que passarà en major o menor grau en tots els països a banda i banda de l'Atlàntic en aquest període: o bé s'extirpa la figura del monarca (Amèrica, del Nord i del Sud) o bé, tot seguint el model anglès, queda relegat a una posició de contrapunt al parlament que comanda el poder executiu.

2.2.1. La revolució i l'ona expansiva

En l'Estat en què l'absolutisme havia anat més lluny, on el monarca havia assolit els nivells més alts de poder i l'Administració estava en un estat avançat de modernització i centralització, és on esclatà la revolució.

Sovint, parlem de la Revolució com si es tractés d'una cosa que s'hagués produït a tot el món, o almenys a tota Europa, com si als carrers de tot el continent s'haguessin alçat masses de persones a exigir canvis i a aplicar-los per la força si calgués. La veritat és que no va ser així, ni probablement tan sols va ser del tot així als carrers de París.

És cert, tanmateix, que la Revolució va suposar una ruptura violenta, una sacsejada de tot l'edifici polític de França, però molt més important va ser l'ona expansiva que va generar. Com si es tractés d'una bomba atòmica, la Revolució va causar un gran estrall en el punt on va caure, però després els efectes de la radiació, no tan extraordinaris, però sí molt duradors, es van estendre per tot el continent europeu i també l'americà.

La Revolució planteja un trencament, una ruptura total amb el passat, amb aquella tradició que sosté el govern del rei, amb la que sustenta els nombrosos drets territorials, els privilegis, els estaments. És un trencament abrupte que acaba malament, la destrucció en el centre de l'explosió és terrible i aviat començarà a remetre.

La ruptura que pretén aquest moviment explosiu és total, tant és així que recorda l'obra de ciència-ficció *Un món feliç*. Com en la distòpia d'Aldous Huxley, que fa començar la seva era l'any u després de Ford (en la nostra és 1908, any de la fabricació del primer automòbil Ford T), la Comissió Nacional Francesa va aprovar un nou calendari que començava amb la Revolució; canviava els mesos de l'any per d'altres amb diferents noms, l'any començava el 22 de setembre (equinocci de tardor), el primer era el de 1792, l'any 1 de la Revolució; el nou calendari procurava la desaparició de les festes tradicionals religioses tot substituint-les per altres de noves, com la festa de la Virtut, del Treball, de l'Opinió, de la Revolució, etc. La vigència d'aquest nou temps va ser escassa: des del 1793 (encara que la nova era començava a comptar des de l'any anterior) fins a la seva abolició amb Napoleó el 1806. Si bé aquesta ordenació

La Revolució francesa

El regne de França va ser testimoni de la cara més radical d'aquests nous plantejaments sobre el dret i el poder polític que hem estat esmentant.

del temps i la vida pública va fracassar probablement per les seves pretensions desmesurades, ens parla d'una nova era en la qual uns nous símbols i uns nous relats són els que s'introdueixen per explicar la realitat, que per això mateix també es transforma en nova.

La Revolució, no ho oblidem, és sobretot l'alçament d'una classe social emergent, la burgesia, que pretén abolir els privilegis de la noblesa i els obstacles que l'Antic Règim posa a la seva activitat econòmica i política. Per descomptat, aquest moviment aprofita el descontentament popular i el condueix per assolir els seus objectius, però no representa aquest estament sinó els seus interessos de classe que són, també, els d'una classe privilegiada.

La Revolució en aquest sentit és anecdòtica, perquè, com els excessos d'una gran festa, l'exaltació que va generar no estava destinada a perdurar. Almenys no amb aquell grau de radicalitat. Més aviat remet a poc a poc cap al que es coneix com a *doctrinarisme* o *liberalisme doctrinari*, i que a Espanya també s'anomenà *moderantisme*.

Aquest sector més radical, en darrera instància sempre minoritari, ha de pactar amb altres sectors de la societat que, després de l'explosió, reculen per disminuir els danys i assegurar els seus propis afers.

Per això, més que la Revolució, el que ens importa és la seva ona expansiva, una ona que arriba molt més enllà de les fronteres franceses, no ja com a moviment insurgent, sinó com un enfocament polític i ideològic al qual les elits dels diferents països se sumen en graus diferents. En definitiva, la Revolució és, des d'aquesta perspectiva, la manifestació violenta d'una forma de pensament que ha estat quallant de fa temps, i que es basa sobretot en un canvi en les relacions socials i de producció, i en els interessos d'una classe social. Més enllà del focus de l'explosió, el que importa és aquesta ona expansiva que consolida aquest pensament com a opció política. Per això també és fàcil d'entendre que, a la llarga, com ja hem assenyalat, aquest extrem ideològic acabarà moderant els seus efectes per adaptar-se també a la realitat dels països on s'intentava instal·lar. En tots ells, l'ona expansiva de la Revolució consolida d'una manera indiscutible l'absorció de tots els poders de l'àmbit públic per part de l'Estat, la unificació jurídica del territori, el canvi de model econòmic i la igualtat formal de tots els ciutadans. Totes elles, com hem vist, són proclames del moviment liberal, encara que algunes, com la concentració del poder polític i la unificació jurídica, ja havien estat en bona mesura avançades per les monarquies absolutes.

En la majoria dels països europeus i americans l'ona expansiva acabarà marcant el desenvolupament dels esdeveniments polítics, consignem aquí les seves línies fonamentals:

- **A Europa, les reformes liberals aniran conduint els règims polítics cap a monarquies parlamentàries.** Com ja hem assenyalat, des del projecte liberal més radical fins al que finalment es materialitza, el trànsit és ple de concessions en tots els estats europeus. Per exemple, el vot censatari en comptes d'universal, el bicameralisme (un parlament que representa la nació i un senat que conserva mecanismes representatius de l'Antic Règim), o la sobirania que comparteixen el rei i les corts. El mateix model de monarquia parlamentària és, al capdavant, una concessió liberal. Aquest és el liberalisme doctrinari o moderat, el que triomfa. **El que sí que es manté inalterat, i és potser el principal llegat de la Revolució, és la igualtat formal** que s'instaurarà des de llavors a la majoria dels països occidentals i que constitueix una de les senyes distintives d'aquesta època.
- **En el cas dels països hispanoamericans, es produeix una desconexió de les monarquies que els serveixen d'enllaç amb Europa.** Així comença la vida d'una Amèrica que es manté culturalment unida al Vell Continent, però que se separa de la Corona que l'emparentava amb la Península en termes polítics. **Aquesta aparent radicalitat s'atenua per l'escàs suport que reben les posicions liberals radicals.** Les independències hispanoamericanes són protagonitzades les elits que havien abraçat des del principi una visió moderada del liberalisme, una que pogués servir els seus interessos. En l'escissió dels països hispanoamericans té importància el reflex de la revolució nord-americana que significà la independència de la monarquia britànica. Tota Amèrica se sent en aquell moment en un nou rumb comú, el Nou Món que separa del vell. S'ha de teixir, com veurem, un relat diferent del que fins llavors donava sentit a la comunitat política de cadascun dels nous estats. Amèrica ha de reinventar-se, també Europa, però en el cas americà aquesta necessitat és molt més evident. Tornarem sobre això quan parlem de les nacions.
- En la teoria liberal, a l'Estat li correspon el paper de guardià, un que només intervingui en la vida civil per mantenir l'ordre. Això no vol dir, com ja hem avançat, que el liberalisme redueixi la maquinària estatal per ser fidel als seus propis postulats. Al contrari, en una de les seves contradiccions, **els estats constitucionals liberals que veu néixer el segle XIX, tant a Europa com a l'Amèrica Llatina, són tan grans com els que abans eren governats pel rei, fins i tot encara més.** I, per descomptat, aquests estats han absorbit totes les quotes de poder polític que encara no havia aconseguit conquerir la monarquia absoluta.
- En els països pertanyents a la tradició romanogermànica (és a dir aquells països de tradició continental, no anglosaxona), que és on l'ona expansiva se sent amb més força, el procés codificador es reforça en els principis del liberalisme i el constitucionalisme neix com una eina de reforma inusual fins llavors. Tractarem d'això en un altre mòdul.

- L'ideari liberal que, com hem dit, concentra tot el poder regulador de la societat en l'Estat, tot abolint qualsevol altre grup intermedi, genera una divisió molt nítida entre Estat i societat. L'Estat, el dret d'allò públic transiten per una via i el que és privat, els particulars, la vida civil, per una altra. Cadascun d'aquests espais es regeix per principis diferents. L'Administració de l'Estat no pot actuar, llevat que tingui una autorització expressa del legislador, en el món privat; en canvi, el que no ha estat prohibit o regulat en un sentit determinat està, en principi, permès, mentre no atempti contra l'ordre públic, o els drets d'altres individus o de l'Estat.

La societat anterior, en canvi, està composta per òrgans, per diferents col·lectius que enllacen els uns amb els altres com en el cos humà. Hi ha parts diferents, cap, membres, tronc, que es connecten, s'autogovernen d'una banda i de l'altra estan determinats pels altres; generen les seves pròpies regles a vegades i d'altres obeeixen les dels altres, segons sigui l'espai en què es moguin. Una ciutat té un dret, un gremi també, però no estan aïllats, igual que en un cos, s'han d'adaptar al funcionament dels altres òrgans, obeir també normes que són alienes, no creades per ells o que són el resultat d'un pacte. D'aquesta manera, la diferència entre allò públic i el que és privat, entre l'Estat i la societat és més difusa, ja que els individus pertanyen a la societat en la mesura que formen part dels òrgans que la componen, i en virtut d'aquests òrgans hi tenen lloc. Un habitant, per exemple, de Saragossa té una infinitat de vinculacions morals i jurídiques amb l'estament al qual pertany, amb el seu senyor, amb l'Església, amb la ciutat, amb el gremi en què desenvolupi una activitat econòmica, etc. El liberalisme significa que aquests vincles no existeixen o almenys que no tenen cap valor jurídic, **la societat es compon d'individus i davant d'ells una única font de poder polític, un únic regulador, una única jurisdicció: l'Estat.**

- **En tots els països occidentals s'estén, llavors, la idea de la sobirania nacional.** Aquesta noció esdevé imprescindible quan l'Estat, abans a les mans del rei, ara a les de la burgesia o de la burgesia i el rei, necessita un nou amo. Aquest nou titular de l'Estat i la sobirania serà la nació. Una nació que no existeix, perquè fins llavors cap nació no existeix. És el moment que s'inventa la nació.

2.2.2. Les nacions, l'Estat i el mercat

Tots els que han viscut, viuen i viuran en un territori. Així és com es caracteritza en la seva forma més bàsica la nació. El concepte pren gairebé immediatament un sentit, com es desprèn del que s'ha dit, eminentment territorial. No pot ser d'una altra manera, dins d'aquestes nacions només hi ha pluralitat, diversos ordenaments jurídics, diversos costums, llengües, gastronomia, música

i símbols. El factor d'unitat ha de ser el territori, el territori que aconsegueix dominar el nou Estat mitjançant una jurisdicció única. Aquesta figura és la que denominarem Estat-nació.

Per descomptat que hi ha vincles anteriors. Entre els pobles que conformen les noves nacions hi ha hagut monarquies comuns, històries comunes, però mai no han estat una mateixa associació política sense que les societats polítiques locals conservin una gran quota de poder autònom. El centre vital d'aquelles comunitats sempre havia estat la ciutat, el poble. Les persones eren naturals, per exemple, de Santiago, Madrid o Girona. Les associacions més abstractes es diluïen en vincles de fidelitat feudal més difusos i poc significatius per a aquella població. Les llengües, a diferència d'avui, no estaven parcel·lades per fronteres. Qui passava els Pirineus no deixava d'escoltar català, basc o castellà per, de sobte, trobar-se amb un francès normalitzat, com passa avui. Les llengües, els costums, les tradicions, al capdavant, la cultura, s'estenien en el mapa com taques d'aquarel·la sobre una superfície lliscant, més pures al seu centre, difuminades i mesclades a mesura que s'apropaven a una taca d'un color diferent.

L'Estat-nació, d'altra banda, estandarditza, normalitza i crea, al capdavant, una manera d'actuar, de pensar i de sentir que no existia perquè no hi havia una comunitat política; per això el mateix Estat crea aquesta comunitat política i ho fa, sobretot, amb dos mitjans: el dret i la història.

El dret unifica. Ja hem dit que la igualtat és un dels pilars del pensament liberal i que s'estén amb l'ona expansiva de la Revolució als països de tradició romanogermànica o continental. Els iguals (formalment iguals) són els que pertanyen a un Estat, es regeixen per un mateix dret i, aquest és l'agregat que vindrà amb la reconstrucció del relat històric, comparteixen una consciència i un sentiment col·lectiu. Aquest és l'objectiu i, en molts casos, l'Estat es va mostrar molt eficaç a l'hora d'unificar. França, l'epicentre de l'explosió, sempre és l'exemple paradigmàtic de l'èxit de la uniformització: una llengua, una història, un dret, un ciutadà. Espanya, d'altra banda, és un cas diferent: pluralitat lingüística, pluralitat de drets, però igualtat jurídica (només un subjecte jurídic). Això no vol dir que a Espanya el procés de construcció de l'Estat-nació hagi fracassat, sinó que la formació de l'Estat nacional assumí les particularitats de cada territori amb més flexibilitat que altres estats. En canvi, els estats hispanoamericans, alguns d'ells molt plurals jurídicament i culturalment en el moment de les independències, uniformitzen sense contemplacions. Una nació, un Estat, un dret, un ciutadà, una història.

Es pretén la unificació jurídica de l'Estat-nació: la igualtat formal de tots els ciutadans i un únic mercat per a tots ells. **Aquest mercat el crea precisament el dret, unes mateixes regles, unes mateixes càrregues, uns mateixos drets i unes mateixes obligacions per a tots els que són ciutadans de ple dret. A més, aquestes normes no distingeixen entre comerciants i ciutadans or-**

dinaris, com solia fer el dret mercantil anterior, que agrupava els comerciants en gremis i aquests mateixos gremis s'encarregaven de regular l'activitat i protegir-se.

Al contrari, la nova societat civil realitza les seves activitats civils i mercantils sense la intervenció d'aquests grups, que desapareixen, i sense ingerència de l'Estat en aquestes activitats per afavorir o protegir un determinat individu o grup d'individus davant d'altres (igualtat formal). L'Estat-nació i el mercat capitalista tenen una relació simbiòtica, el comerç s'expandeix i l'intercanvi de béns en el marc de l'Estat es multiplica geomètricament. Això, juntament amb la Revolució Industrial, suposa un salt qualitatiu que ja hem esmentat abans, un salt que contribueix a crear la percepció del progrés.

Però seguim centrats en la nació. Així com el mercat, el dret i l'Estat unifiquen la llengua (insisteixo, parlo en general, perquè, com és evident, a Espanya en aquests assumptes cal matisar). A França, a finals del segle XVIII es calcula que menys del 50 % de la població parlava francès, i al nord i el sud del país actual no era gens habitual trobar-ne parlants. El 1861, en l'època de la unificació italiana, un escàs 9 % parlava l'italià en la seva vida quotidiana. Al segle XVIII, a Alemanya només un petit percentatge de la població parlava i escrivia la llengua que ara coneixem com alemany i que va servir per unificar el territori. Les impremtes (una altra vegada, el mercat) demanen una llengua d'impressió única, l'Administració també la necessita. S'enceten llavors els processos de normalització lingüística que permeten crear uns paràmetres d'alfabetització comuns que després l'Estat ha d'expandir a través de paràmetres, instruccions, i d'exàmens i oposicions públiques, tot derrotant així les peculiaritats lingüístiques de cada territori de l'Estat. En aquest procés és vital l'escola pública. Fins llavors l'educació ha estat a càrrec de les famílies i de l'Església, sobretot. En qualsevol cas, es tractava d'una formació particular i no gaire reglada, almenys en un nivell preuniversitari. Els nous estats crearan un sistema educatiu nacional destinat a expandir l'ús de la llengua oficial única, a l'ensenyament de la història nacional i dels valors que comporta, i d'altres competències tècniques.

Bé pot servir l'exemple de llengua per entendre el del comerç o el del dret: només l'estructura de poder com la que ostenta l'Estat constitucional pot conquerir i uniformitzar un territori i crear una nació, una llengua, un mercat i una història comunes.

La historiografia, doncs, s'ha d'encarregar de generar un relat que unifiqui espiritualment el territori i l'Estat que s'ha creat.

Com va dir un polític després de la tardana unificació italiana: «un cop feta Itàlia, s'hauran de fer els italians». L'Estat-nació ha de crear, gairebé per subsistència, una identitat col·lectiva, una forma de relat que identifiqui milions de persones, no una comunitat local, ni una regió petita on les relacions són encara palpables, properes. La idea d'una nació ha de permetre que les perso-

nes que no es coneixen i que tenen poques coses en comú s'identifiquin amb les mateixes coses, amb altres que estudien el mateix, que tenen uns mateixos referents culturals. I aquesta identificació no és simplement racional, sinó emocional i fins i tot sentimental. En aquest exercici de creativitat té molta importància el romanticisme. Aquest moviment artístic de finals del segle XX, que busca retrobar aquesta faceta emocional que el racionalisme il·lustrat havia deixat tan arraconada, serà l'artífex d'aquesta identificació dels ciutadans amb una història fictícia, amb símbols creats o rescatats del bagul de la història, amb himnes, tradicions, danses i festes. Tota una obra d'enginyeria social.

La història de la nació, com ella mateixa, serà d'ordre territorial. Un territori és, per dir-ho d'alguna manera, el marc en el qual es desplega la història de la nació. Els pobles «passen» per allà i els esdeveniments que tenen lloc en aquest territori són nacionals. És per això que els manuals escolars d'història nacional comencen en la prehistòria de la Península i després els pobles van apareixent en escena a mesura que toquen el marc territorial. Això passa en totes les noves nacions europees i americanes.

No només s'ha de reinventar una història, també s'han d'adoptar símbols oficials i educar en els ciutadans l'amor a aquestes ensenyes. Un himne, una bandera, un exèrcit normalment gloriós, una història plena d'herois, víctimes i pròcers, etc. A l'Amèrica Llatina, com ja hem assenyalat, això és molt més evident que a Europa, perquè els països americans han de justificar un govern de nova creació i amb una nova legitimitat i, a més, una independència que no entusiasmava especialment la població camperola o indígena i ni tan sols, probablement, la majoria dels criolls. Però, tant a Amèrica com a Europa, el fenomen és el mateix. També ho és avui quan algun poble busca erigir-se com a Estat: s'inventa la nació i amb ella el nacionalisme, la ideologia més mortífera de la història de la humanitat. La creació de la nació, que elimina les diferències i la multiplicitat de relats que existeixen dins l'Estat, es contraposa a altres nacions; l'altre reforça la pròpia existència, ja que l'altre normalment és un repressor o un inferior, rarament un igual.

Creada la nació és ella, representada en el parlament, la que assumeix el control de la casa, del gran edifici de l'Estat. Però es tracta d'una abstracció difusa, els que eren, són i seran. A més, aquells que voten per elegir els representants no són ni tan sols tots els que són, perquè el liberalisme doctrinari, els pactes després de la gran festa, han determinat que el vot sigui censatari. Si l'Estat protegeix la llibertat i la propietat sembla raonable que votin els que tenen totes dues coses i, per tant, temps per dedicar a la política. El vot universal trigarà molt a arribar, primer a tots els homes, després, molt més tard, també a totes les dones. No obstant això, la ficció de la representació permet el govern i l'expressió de la voluntat sobirana de la nació.

2.3. Una idea nova: el dret com a voluntat nacional

La noció mateixa de pacte com a fonament de l'existència comuna i del poder polític condueix al positivisme. El primer pas cap a un dret il·lustrat va ser fet, com ja hem vist, pel jusnaturalisme racionalista: construir un ordenament jurídic sistemàtic i únic, l'única funció del qual ha de ser la legislació de l'Estat (no plural ni amb diverses fonts com el medieval). El segon pas és considerar que el dret emana de principis naturals que han de ser descoberts amb l'especulació filosòfica i posats en vigor a través de la llei pel parlament. Però una vegada convertit en dret positiu a través del representant de la voluntat popular, el dret natural no pot convertir-se en una mena d'ordenament paral·lel, és el dret establert per la legislació el que ha de ser vàlid.

D'aquesta manera, la comprensió contractualista porta a l'abandonament del dret natural com a fonament de validesa del dret positiu i el substitueix per la voluntat dels que pacten; és en la voluntat on té el suport la validesa del dret, s'admeti o no l'existència d'un dret natural. Això és especialment així un cop consolidat un aparell estatal que permet controlar la legislació a través del parlament. D'altra banda, que la constitució i les lleis dels estats poguessin ser concebudes com un acte de pura deliberació era difícil d'acceptar d'entrada, la idea de nació s'amplia d'una banda a les generacions anteriors i posteriors, i es restringeix d'una altra en la seva cara visible que és el parlament i els seus electors selectes. En altres paraules, el dret s'ha de buscar només en allò que vol la nació representada en una assemblea, que s'anomenarà corts o parlament. Aquesta assemblea està formada pels homes escollits pel vot de la població habilitada per exercir el dret de sufragi, i representa la societat com una suma d'individus i no com una suma de corporacions, com era el cas de les antigues corts o parlaments.

Com es pot veure, el dret natural està darrere de la tesi contractualista, perquè en aquesta naturalesa hi ha aquells drets que fan possible i necessària l'associació humana i el pacte. Ara bé, quan el pacte conforma una societat, aquesta societat es pot donar a si mateixa una organització desitjada i no una que imposi la natura. Aquí és quan el vincle entre aquest dret natural i el dret que es crea i «posa» es pot trencar. D'aquesta manera, l'obediència a la llei no prové, per al positivisme, de la raonabilitat (respecte a un dret natural o a la tradició), sinó de la constatació que és un acte de voluntat. Així, des d'aquesta visió positivista, la llei és exclusivament la manifestació de voluntat de qui ostenta la sobirania que, en els flamants estats constitucionals d'aquella època, és la nació. El dret no és motiu, sinó voluntat.

En qualsevol cas, ja sigui des d'una posició jusnaturalista o des d'una de positivista, en el moment de la instauració del projecte, el valor d'obediència a la llei no és polèmic, la llei es concep com a manifestació de la voluntat sobirana bé tingui aquesta organització estatal que li dona vida la seva font en la natura o bé en una voluntat social aliena a ella.

3. Fixar el dret, realitzar el projecte

Ara tractarem la materialització del projecte que hem estat descrivint. La nova concepció del dret, que s'estén principalment des de França als països de tradició romanogermànica, es manifestarà a través del procés de fixació del dret en constitucions i codis. Pel que fa particularment al constitucionalisme, la influència anglesa i nord-americana és palesa, per això dedicarem també un breu apartat a cadascuna d'elles.

3.1. Una qüestió prèvia: descriure o constituir

No és estrany en la història del dret que, quan es percep l'inici d'una època diferent, els governants pretenguin fixar el dret, donar un ordre nou i provar d'eliminar els elements molestos de l'anterior. Això també s'esdevé en aquesta època en la qual el projecte liberal s'imposa i es duu a terme a través del moviment codificador i constitucionalista als països de tradició romanogermànica. No obstant això, atès el caràcter radical i transformador de la Il·lustració liberal, redactar constitucions i elaborar codis sembla, a molts dels pensadors d'aquella època, quelcom que va més enllà de la simple fixació del dret, suposa la instauració d'un projecte polític que trenca, com hem vist, amb el temps anterior.

Hi ha una nova posició davant la llei que ja hem esmentat. S'entén en aquell moment que la llei és capaç de constituir escenaris nous.

No és un simple joc de paraules. Totes les societats, per petites que siguin, tenen una constitució, igual que els éssers vius o els inanimats. Les persones són altes o baixes, fortes o febles, primes o obeses. Les societats també tenen la seva pròpia constitució com a cossos, o almenys així era com s'havien concebut fins a aquell moment.

En el món medieval, per exemple, una determinada comunitat política estava composta d'òrgans, hi habitaven poders interdependents i a la vegada autònoms, el rei, els municipis, l'Església, els comerciants, la noblesa i els seus senyoriis, els diversos gremis, etc. La constitució de Castella, per exemple, va ser la forma en què aquests poders estaven ordenats, la manera com es feien les coses i com el dret (plural, per descomptat) regia. La constitució no era quelcom que es pogués projectar, sinó una cosa que es podia descriure, com ho va fer Aristòtil en el món de l'antiga Grècia pel que fa a les constitucions de diverses *polis* gregues al segle IV aC. El filòsof va dedicar els seus esforços a col·leccionar constitucions i quan ho feia, el que col·leccionava eren les descripcions d'una realitat que la tradició havia format, i que les assemblees i les autoritats anaven retocant.

Una nova realitat

Això és precisament el que signifiquen les constitucions i els codis en aquest context: són o pretenen ser constituents d'una nova realitat.

La constitució de la comunitat política

Si hi ha una cosa que caracteritza l'antic món, el món que precedeix la Il·lustració des de l'antiguitat remota, és que concep la constitució d'una comunitat política com a quelcom donat.

Efectivament, la constitució d'una comunitat política no és fixa, canvia amb el temps de manera espontània, però també pot corregir-se, canviar-se lleugerament o fins i tot profundament. Per seguir amb la metàfora, un cos canvia naturalment, tanmateix, un cirurgià pot introduir un canvi lleu reparant un nas tort; així mateix, en les comunitats polítiques, els poders i les maneres de fer poden variar en un moment determinat per acords o disputes internes en aquesta societat. També poden variar dràsticament, com quan un cirurgià amputa una cama, una comunitat política pot ser sacsejada per una revolta important, una guerra, o qualsevol altre fet traumàtic que modifiqui de cop la seva constitució. Un altre exemple seria el d'un faralló, la seva fesomia està canviant per l'erosió del mar i el vent carregat de sals, però un terratrèmol o una gran tempesta pot fer que la seva forma canviï. Però el més normal és que les comunitats polítiques vagin patint modificacions espontànies amb el pas del temps, com els éssers vius o els inanimats canvien al llarg de la seva existència. Aquesta és la idea de constitució pre-il·lustrada, una constitució que té a veure amb el passat, perquè és el passat el que constitueix. Per això, per distingir-la de la constitució que veurem a continuació, l'anomenarem *constitució històrica* o *constitució històrica en un sentit material*.

Les societats que hem estudiat en els mòduls anteriors són societats pre-modernes. En el pensament d'aquestes societats no s'havia instal·lat la idea de progrés, ni tampoc hi havien aparegut les màquines ni s'havia exaltat la potència de l'ésser humà fins a convertir-lo en arquitecte del món. Un canvi en aquest sentit també determina el canvi en la forma d'entendre el dret i la seva funció.

Efectivament, almenys en els països de tradició romanogermànica, la constitució moderna és un instrument constituent, es dicta en la consciència que el dret és un projecte polític; no beu del passat ni hi troba legitimació, almenys en teoria, perquè, com veurem, aquesta idea de constitució va haver de fer algunes concessions al passat. Però en termes generals, la **constitució en un sentit modern i il·lustrat** és la matriu del projecte que s'imposa davant la realitat, enfront de la perseverança de les tradicions i de la constitució històrica. És per això que les constitucions modernes constitueixen i s'escriuen, perquè el projecte es plasmí en el paper i després en els fets. Existeixen des que es promulguen i, llavors, comencen a materialitzar-se, a fer-se reals, a venir a la vida en les institucions reals. Això si ho aconsegueixen. La veritat és que poques ho fan, i aquest el xoc entre el país real i el país legal que es produeix durant els segles XIX i XX marcarà la dinàmica inestable de la majoria de les constitucions dels països de tradició romanogermànica.

Aquesta manera d'entendre el dret que té, com ja hem assenyalat, el seu epicentre a França i que s'estén al llarg de tots els països de tradició romanogermànica, amb tots els seus daltabaixos, deixa una empremta immensa. En aquests països és pràcticament hegemònica durant els segles XIX i XX. Tant a l'Europa

continental com a l'Amèrica Llatina, aquest model de constitució és el que s'hi instaura, una constitució que constitueix, que crea una nova organització. Si bé les concessions a l'Antic Règim són grans i els efectes de la Revolució acaben essent molt més moderats del que inicialment semblava, una nova manera d'entendre el dret i la política s'instal·la en aquestes societats.

3.2. La influència del parlamentarisme anglès, un model premodern per a l'Estat constitucional

El 1688, Guillem d'Orange entra a Anglaterra al capdavant d'una armada amb la finalitat d'enderrocar el rei Jacob II, en aquell moment, el seu sogre. Van donar suport a Guillem nombrosos parlamentaris que veien com Jacob a poc a poc s'assentava en un poder de caràcter absolutista, tal com s'esdevenia també en altres països d'Europa. Com en tots ells, el procés d'instauració de l'absolutisme es va desenvolupar en un gran arc temporal, un que, en el cas d'Anglaterra, seria interromput per la deposició del rei i l'acatament per part de Guillem del *Bill of Rights*, una declaració de drets que restaura certes prerrogatives del Parlament i obliga a respectar certes llibertats.

De la mà de diferents pensadors, però sobretot de Montesquieu, el model parlamentari anglès s'erigeix davant els intel·lectuals liberals del continent com el més eficaç i desitjable per a aquest projecte. La seva característica fonamental és que situa el parlament al centre de la legitimitat i el poder polític. Això és precisament el que havia passat en el Parlament anglès, encara que allà el fenomen, com hem estat dient, es va produir el 1688 amb l'anomenada *Glorious Revolution* abans que l'absolutisme assolís el seu zenit. A propòsit d'aquesta revolució, que suposava la limitació dels poders del rei i la promesa de respectar certes llibertats dels seus súbdits per part d'aquest, se sol dir que es configura per primera vegada una monarquia parlamentària, és a dir, una en la qual el rei i el parlament comparteixen el poder polític de l'Estat. En aquesta configuració, els pensadors identifiquen una divisió de poders que després, també prenent de referents exemples de l'antiguitat romana, proposen com a projecte als països del continent europeu.

Realment, més que dividir un poder absolut que ha s'ha conformat, com passa als països de tradició romanogermànica, el que succeeix a Anglaterra amb la *Glorious Revolution* i amb el *Bill of Rights* de 1689 és que s'evita que es formi un poder d'aquesta naturalesa. La mateixa revolució es presenta com a restauradora, ho és en aquest sentit, en un altre inaugura nous camins pels quals transitarà el Regne Unit durant el segle XVIII fins a les reformes del segle XIX.

Recordem que les monarquies medievals a Europa són majoritàriament compostes i gaudeixen d'un poder polític fragmentari. El camí cap a la unificació d'aquest poder en mans del rei es produeix des de finals de l'edat mitjana; i el resultat n'és, com ja sabem, les monarquies absolutes que concentren aquell

poder polític i construeixen els estats moderns. És en aquest camí en què es troba també la Corona anglesa quan es produeix la revolució de 1688, que atura aquest procés.

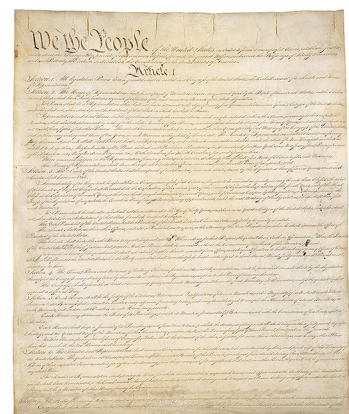
Per això, en realitat, en l'escenari anglès no es produeix un desmantellament d'una monarquia absoluta per generar una transformació del dret i de l'Estat projectat en una constitució escrita, com passa més tard al continent, sinó que es conserva la constitució tradicional, corregida, ferida en alguns punts, transformada en d'altres, però tradicional al capdavant.

Recordem la metàfora que hem utilitzat anteriorment. La constitució històrica és com un faralló que canvia la seva fesomia de manera natural per l'acció dels elements, però que a vegades també pot ser transformada més dràsticament pel desplegament de forces naturals més grans com un terratrèmol o un huracà. La *Glorious Revolution* és com un terratrèmol, canvia la fesomia del faralló, però segueix essent el faralló, no es tracta d'un projecte que trenca amb aquella constitució anterior, sinó un desenvolupament brusc i violent de la mateixa constitució tradicional. Per això, des d'aquest punt de vista, la constitució anglesa és una constitució tradicional, no escrita, i no una d'il·lustrada i racionalista com les del continent, que creen un projecte que redacta solemnement i que s'ha d'imposar en l'Estat.

Una altra característica important és que la resta de l'edifici del dret, al qual ens referim com a *common law*, no pateix gairebé cap alteració i la seva evolució és tranquil·la, com correspon a un dret lligat a la tradició i a la jurisprudència. En aquest sentit, el dret anglosaxó queda lluny del dret que la Il·lustració en els països de tradició romanogermànica havia anat forjant i que veurem com es reflecteix en codis i constitucions escrites.

3.3. La influència del model nord-americà

En la declaració d'independència dels Estats Units del juliol de 1776, compareixen arguments de diferent caràcter. D'una banda, s'afirma que els drets dels colons i les colònies que s'independentzen tenen el seu fonament en la mateixa tradició britànica i que és aquesta la que es vulnera amb els actes de la Corona que inciten a la rebel·lió; d'altra banda, també es funden en veritats evidents o en drets naturals i en les tesis contractualistes que autoritzarien l'associació per a defensar-los. A partir d'aquesta declaració, les colònies van elaborar diferents constitucions escrites que aportaran seguretat davant la constitució tradicional de l'antiga metròpoli que no està escrita ni sistematitzada en un sol document. En algunes d'elles s'incorporen catàlegs de drets que es consideren naturals, de manera que només poden ser declarats (no creats) pel poder polític, i el principi de divisió de poders per tal de salvaguardar-los.



Constitució dels Estats Units

Font: https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos#/media/Archivo:Constitution_of_the_United_States,_page_1.jpg

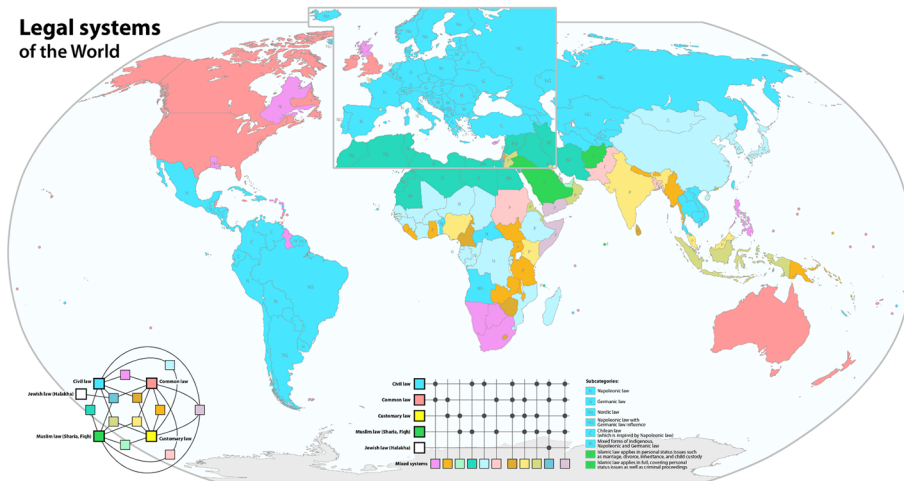
Aquest primer experiment va transcendir després, fent-se ressò d'una pretensió d'unitat política dels flamants estats, en una constitució federal. Aquesta constitució, després d'intenses polèmiques, va adoptar la forma d'una constitució pactada pels ciutadans de tots els estats i no pels estats entre si. En aquest text de 1787 es van establir les àmplies facultats del govern federal, tot i que no per això es va privar els estats d'una important quota d'autonomia política. S'instaura un govern presidencialista (a diferència del parlamentari que s'instaurarà en la majoria de països europeus), el president encarnarà el poder executiu i les cambres (el Congrés i el Senat) el poder legislatiu, es garanteix la independència del poder judicial mitjançant el caràcter vitalici dels càrrecs, encara que no es defineix del tot el sistema judicial.

Atès que, a diferència d'algunes de les constitucions estatals, la constitució federal no contenia una declaració de drets, el Congrés va proposar una sèrie d'esmenes que introduïssin el reconeixement de drets. D'aquesta manera es configurava la Constitució Federal dels Estats Units d'Amèrica que serviria, sens dubte, de model i d'inspiració com a constitució escrita en la mesura que recollia diverses de les propostes polítiques més importants del seu temps. A l'Amèrica Llatina, la configuració presidencialista va resultar determinant, perquè, si bé es van assajar diversos sistemes de govern a la regió durant el segle XIX, al final el presidencialisme va triomfar sens cap mena de dubte a la majoria dels països nord-americans.

D'altra banda, la Constitució nord-americana deixa intacte el sistema jurídic tradicional basat en els principis del *common law*. Això vol dir que la jurisprudència segueix essent la principal font de dret en seu jurisdiccional, per tant, segueix essent un dret casuista i pràctic; també significa que, per als jutges, els precedents tenen un valor obligatori. Veurem com, des de l'esclat revolucionari, als països de tradició romanogermànica aquest element marca una gran diferència. En aquests darrers, a diferència dels Estats Units, no només es construeixen els fonaments d'una nova organització estatal a través de les constitucions, sinó que també el dret i les seves fonts canvien d'empremta.

Un altre aspecte important en el desenvolupament del constitucionalisme nord-americà serà la discussió sobre el lloc i el paper de la constitució i, particularment, la possibilitat de la seva aplicació directa en seu judicial, fins i tot contra lleis federals. Aquesta discussió redunda, en última instància, en el fet que els tribunals puguin o no exercir un control constitucional de les lleis. Tornarem a aquest assumpte quan tractem la constitucionalització del dret.

Figura 2. Sistemes legals del món



3.4. Constituir i regular en els països de tradició romanogermànica

Per a la posada en marxa del projecte polític que s'estén com una onada des de l'esclat de la Revolució, es fa servir l'eina de l'Estat. Val la pena repetir-ho: les monarquies absolutes han anat construint un aparell estatal conformat per secretaries i oficines que s'ocupen de l'administració del país. Per primera vegada des del llunyà Imperi romà, un poder públic eficaç de gran escala s'estén gradualment per les viles, els pobles i les ciutats a través dels seus representants. El projecte burgès aprofita aquest enorme engranatge i el consolida com a únic centre legítim de creació del dret i de jurisdicció. Només l'Estat crea dret, només l'Estat implanta tribunals per jutjar els ciutadans. Per aconseguir aquest objectiu utilitza la llei; aquesta, que ha estat la forma en què la voluntat del sobirà s'imposa en la monarquia, també serà la manera com s'expressi la voluntat de la nació. El projecte, doncs, s'imposa des del parlament en forma de lleis, concretament en forma de constitucions i codis.

Constitucions i codis són, en els països de tradició romanogermànica, dues cares de la mateixa moneda. El fenomen és el que ja hem descrit, el dret entès com a projecte, el dret de la Il·lustració i, en particular, el del projecte liberal. D'una banda, la constitució ha d'establir les bases de l'Estat i, de l'altra, els codis el funcionament de la societat civil, el dret per als ciutadans. Ja hem vist que aquesta divisió opera precisament en aquesta època. Mitjançant els codis s'ordenen les relacions de la societat civil, les relacions entre els individus que la conformen, no entre corporacions, tal com prescriu el projecte liberal al qual ens hem referit. Així, el Codi Civil i el Codi Mercantil o el Penal són fonamentals per ordenar la societat burgesa, individualista i liberal que emergeix aleshores. Les constitucions, per la seva banda, ordenen l'estructura de l'Estat, aquell flamant Estat-nació que també neix a la vida i que centralitza tot el poder públic.

Comencem delimitant el marc geogràfic del fenomen del constitucionalisme i la codificació al segle XIX entesos tal com els explicarem aquí. En general, entren en aquest marc tots els països de parla hispana, la majoria dels països de l'Europa continental i alguns països africans, sense comptar els casos en què conviuen tradicions diferents com Puerto Rico o Louisiana. En queden exclosos, per exemple, els països anglosaxons que, per norma general, no se sumen al moviment codificador. Tampoc al constitucionalista en el cas del Regne Unit (encara que el seu paper com a referent és important, tal com s'ha assenyalat més amunt).

Els Estats Units, que no s'uneixen al moviment codificador, ja que mantenen la tradició del *common law*, sí que són, en canvi, protagonistes del constitucionalisme contemporani, encara que, com hem estudiat, la constitució d'aquest país té un significat i ocupa un lloc institucional diferent del que té als països de tradició romanogermànica.

En tots aquests països, en un grau més elevat o menys, el fenomen del constitucionalisme i la codificació es presenta amb els seus trets fonamentals. A més, ho fa de manera paral·lela, tots vivint contemporàniament aquest procés; no és que els uns depenguin mentalment dels altres, perquè en tots penetren ben aviat les idees fonamentals que seran els pilars de l'Estat liberal del segle XIX. Florencio García Goyena, redactor del Codi Civil espanyol, treballa en paral·lel amb altres codificadors com Andrés Bello, redactor del Codi Civil xilè que posteriorment serà adoptat per altres països com Colòmbia, Equador o Nicaragua, entre d'altres. Louisiana promulga el seu Codi Civil el 1825, un projecte que tindrà una gran influència en els codificadors de l'època. Un altre exemple de com d'estès i multipolar és aquest fenomen el tenim en el Codi Penal austríac de 1803, que va tenir molta influència en el Codi Penal de l'Imperi del Brasil de 1830 i aquest, a la vegada, en el Codi Penal espanyol de 1848. Aquest darrer va servir, al seu torn, de font per a molts dels codis hispanoamericans de l'època. Durant els tres primers quarts del segle XIX, la majoria dels països que es poden emmarcar en aquesta tradició ja han dictat diversos codis i han promulgat constitucions, generalment, també diverses en cada Estat.

En el cas de les constitucions s'esdevé el mateix. Pel que fa als països hispànics, la primera constitució és la de 1811 de Santa Fe de Bogotà, seguida el 1812 de la famosa i influent Constitució espanyola coneguda com la Pepa, per haver estat dictada el dia de sant Josep. A França hi ha una llarga llista de constitucions, com en la majoria dels països de parla hispana i portuguesa, perquè, en el cas dels països de la tradició romanogermànica, més que el text constitucional – que la majoria de vegades va fracassar estrepitosament en enfrontar-se a unes aspiracions massa radicals per a una realitat institucional i social preexistent i incompatible –, l'important és que inauguren la nova manera d'entendre el dret a la qual hem estat fent referència.

En aquests dos àmbits, el de la codificació i el constitucionalisme, els moviments i els esdeveniments que van sacsejar França i els Estats Units d'Amèrica són la influència directa més important. En el cas de la codificació, el *Code de Napoleó*, promulgat el 1804, és el far que destaca i s'erigeix de model. És el primer codi contemporani en què s'assumeix una bona part de l'ideari liberal moderat. En l'àmbit constitucional, la Constitució nord-americana de 1787 i la «Declaració dels drets de l'home i el ciutadà» de l'Assemblea Nacional Constituent francesa de 1789 són també fites fonamentals.

3.4.1. Constitucions per constituir

Les constitucions escrites del segle XIX tendeixen a coincidir en els seus plantejaments fonamentals, alguns dels quals revisem aquí.

Separació de poders

El més comú entre tots els models de constitució moderna és la necessitat que hi hagi una separació i un equilibri de poders que impedeixin que cap d'ells es faci amb un poder irresistible. Això és així almenys des d'un punt de vista teòric, els mecanismes que s'utilitzen per materialitzar-lo poden desvirtuar aquest principi. En aquesta part convé recordar que la idea de divisió prové de la prèvia concentració. Ja hem estudiat que en el món medieval el poder estava fragmentat i que, com hem vist, l'absolutisme és una escalada cap a la seva concentració en l'Estat del rei. L'última fase d'aquesta tendència a la concentració la protagonitza l'Estat constitucional, especialment en països de tradició romanogermànica. Efectivament, per dividir, l'Estat va haver de fer-se primer amb tots els poders de l'àmbit públic i convertir la multiplicitat de poders en *el* poder, tot sublimant així el procés de concentració que havia assolit la monarquia absoluta. Cal recordar-ho: **parlem de divisió, perquè hi ha hagut una concentració prèvia.**

Tradicionalment, abordem la divisió de poders a propòsit de l'obra de Montesquieu, qui, com ja advertíem en parlar del liberalisme, en *L'esperit de les lleis* desenvolupa aquesta proposta. La seva atenció se centra en el parlamentarisme anglès. La diferència és que, com hem vist, en el cas d'Anglaterra aquesta desconcentració del poder és una fita de la seva constitució històrica, mentre que en països de tradició romanogermànica, on l'absolutisme ja es troba consolidat, suposa una reelaboració teòrica que s'ha d'imposar als fets; suposa, com hem explicat, un projecte polític i jurídic.

La proposta és la divisió del poder de l'Estat en tres poders: l'executiu, el legislatiu i el judicial. Aquests tres poders s'encarnen en diversos òrgans, no estan totalment concentrats en un de sol, però normalment els representem associats a un òrgan: el poder legislatiu al parlament, el judicial als tribunals i l'executiu al president de la república, on n'hi ha, o el monarca on la forma de l'Estat és una monarquia constitucional. La primera constitució francesa de 1791 ja instaura aquesta divisió. A aquesta part, que ordena l'estructura de

Cronologia del constitucionalisme a Espanya

- Estatut de Baiona de 1808
- Constitució Espanyola de 1812
- Estatut Real de 1834
- Constitució Espanyola de 1837
- Constitució Espanyola de 1845
- Constitución Española de 1869
- Constitución Española de 1876
- Constitución Española de 1931
- Lleis Fonamentals del Regne 1938
- Constitució Espanyola de 1978

l'Estat i imposa aquest model d'organització, normalment l'anomenem *part orgànica*. Així mateix, en aquesta constitució s'incorpora un catàleg de drets que normalment designem com a *part dogmàtica* de la constitució. Aquesta constitució serveix en bona mesura d'exemple als països que participen del fenomen del constitucionalisme, hi ha molts dels elements del projecte liberal i de la nova concepció del dret que hem estat discutint fins ara. És una constitució que constitueix, que es presenta davant la realitat com un projecte. Estableix, per cert, que la màxima autoritat de França és la llei a la qual tothom està subjecte i fa dependre aquesta la llei, sobretot, de l'Assemblea Nacional francesa, és a dir, del parlament.

Aquesta primera constitució en el marc dels països de tradició romanogermànica té una vigència efímera. Serà substituïda per una altra l'any III del nou calendari revolucionari i aquesta, al seu torn, serà abolida per Napoleó, qui pren el poder i dicta tres constitucions més (1799, 1802 i 1804). Després de la seva caiguda el 1814, una nova constitució, ja no radical sinó representativa del liberalisme doctrinari o moderat, ocuparà el lloc de les anteriors.

A Espanya la història és similar, la Constitució de 1812, liberal en bona mesura, té una vigència també efímera. Després dels anys convulsos que segueixen la seva promulgació, les constitucions que la substitueixen també seran, majoritàriament, de caràcter moderat: sobirania compartida entre el rei i la nació, vot censatari i no universal, dues cambres, senat i congrés, etc. El sufragi universal masculí vindrà més tard, temporalment el 1869 i, definitivament, el 1890. Mentre existeix el sufragi censatari, la lluita dels partits més liberals és ampliar-lo a un nombre que permeti l'entrada de la burgesia mitjana. A França, per exemple, el 1831 el sufragi creix de noranta mil a dues-centes mil persones, mentre que la població era de més de trenta milions.

Sota aquest signe, les constitucions modernes regulen l'estructura i l'activitat de l'Estat, sense faltar, això sí, a la seva condició necessària: el principi de legalitat. En matèria administrativa, aquest principi es resumeix en l'afirmació que l'Administració pública només pot actuar o deixar d'actuar si hi ha una autorització legal expressa. Així es limita l'acció de l'Estat i del mateix govern, liderat pel monarca. Des d'un punt de vista polític, deixa a les mans del parlament l'última paraula, ja que, com veurem, l'activitat parlamentària està desproveïda de control en aquest model.

Efectivament, l'executiu està sotmès a la llei i al control parlamentari, i els jutges també estan obligats a la llei, i a la seva aplicació estricta. Per al jusnaturalisme racionalista, base intel·lectual de la codificació, el valor fonamental de l'activitat del jutge era, sens dubte, la seguretat jurídica (certesa). És a dir, que el jutge apliqui les lleis de tal manera que les resolucions judicials siguin predictibles. Si el jutge pot aplicar altres criteris i altres normes diferents de les contingudes en la llei, aquesta certesa es dilueix. No es tracta d'una simple substitució, com habitualment es planteja, entre la justícia i la seguretat en seu judicial. El pensament il·lustrat no substituï una cosa amb l'altra, sinó que va

El sufragi a Espanya

La Constitució de 1869 reconeix el sufragi universal masculí. No obstant això, amb la derogació d'aquesta carta la qüestió no queda regulada en la constitució i el sufragi censatari és reintroduït en 1878 mitjançant una llei electoral. El 1890 també mitjançant una llei es restableix el sufragi universal.

canviar l'*ocasió* de la justícia. En comptes d'entendre que aquesta es produïa en tots els moments del procés de construcció del dret (legislació, doctrina, costums, etc.), però sobretot en el judici, es va estimar que l'*ocasió* de la justícia era principalment el moment de l'elaboració de la llei.

A partir de la llei, la justícia havia de descendir a la realitat a través d'exercicis sil·lògics. Això significa que el raonament judicial, que fins en aquell moment era sobretot un exercici d'equitat, s'ha de convertir en una operació, si no mecànica, almenys purament lògica. I ha de ser així, ja que en cas contrari, segons el pensament jusnaturalista, la justícia continguda en les lleis, que al seu torn deriven dels principis naturals, no arribaria a plasmar-se en la realitat a través de la sentència. El legislador, representant de l'ens abstracte anomenat nació, havia d'imposar per tant unes lleis justes, generals i abstractes en tot l'Estat. La justícia d'aquestes lleis quedava legitimada, en el marc del jusnaturalisme racionalista, quan emanaven de principis naturals i, en el posterior marc positivista, en tant que emanaven de la voluntat de la nació a través dels seus representants. Per això, aquestes primeres constitucions solen assenyalar que es dictaran codis que regeixin a tot l'Estat.

D'aquesta manera el poder judicial, a la pràctica, queda disminuït a ser un apèndix del poder executiu i ambdós estan subjectes a diversos mecanismes de control. El legislador, en canvi, no els té, no més enllà del sufragi dels ciutadans autoritzats per exercir-lo. Això, com veurem, serà un problema i comportarà un canvi estructural en els estats de la nostra tradició durant el segle XX.

Drets fonamentals

L'article 16 de la «Declaració dels drets de l'home i el ciutadà» (1789) assenyala que «Una societat en la qual no estigui establerta la garantia de drets, ni determinada la separació dels poders, no té constitució». Es tracta, evidentment, del model modern i il·lustrat de constitució.

A més d'haver de garantir certes llibertats polítiques, com la d'impressió o opinió, l'Estat ha de garantir certa pau i ordre social. Però, per garantir la llibertat, tan important com tot això o més és la defensa de la propietat. Aquesta última, segons els pensadors liberals, és el centre de l'Estat, ja que s'ha constituït per protegir-la a través d'un pacte social. Per això, l'article 17 de la mateixa Declaració s'afanya a dir que «Per ser la propietat un dret inviolable i sagrat, ningú no pot ser privat d'ella, excepte quan la necessitat pública, legalment comprovada, ho exigeixi de manera evident [...]»; per això, i perquè aquest nou ideari s'instaura de la mà de la burgesia.

La igualtat, una altra de les banderes de l'Estat liberal, també serà garantida en la mesura que es reconeix un sol tipus d'individu com a integrant de la societat en plenitud: el ciutadà. Dins d'aquesta categoria no hi caben distincions polítiques o gremials. Sí que hi caben, en canvi, pel que fa a l'estat

Garantia de drets

Garantir els drets és bàsicament –en aquesta època–, garantir la llibertat, la seguretat i la propietat, com ja sabem.

civil o al sexe. Aquesta és una de les qüestions centrals de l'Estat liberal, ja que, en l'Estat de l'Antic Règim es distingeixen socialment i jurídicament els tipus de persones segons la seva pertinença a determinats col·lectius. Aquestes diferències són les que es volen abolir perquè, des d'un punt de vista teòric, són el llast de la tradició que la nova teoria política condemna. Des del punt de vista polític i social són els obstacles que té la burgesia per fer efectiu el seu control de l'Estat, el comerç i la propietat. Es tracta, doncs, d'una igualtat formal que, com se sol dir, iguala els iguals. No es tracta, i ningú no ho pretén en aquells moments, d'aconseguir una igualtat material, ni una distribució de riquesa (és important aclarir-ho perquè, contra tota intuïció natural derivada de l'observació del món post-revolucionari i de l'actual, és freqüent trobar imaginaris que mitifiquen la Revolució i sostenen el contrari), sinó simplement la reducció dels diferents subjectes, que el dret reconeix en funció de les seves circumstàncies, a un sol subjecte. Tornarem sobre aquest assumpte.

En alguns casos abans i en altres més tard s'anirà incorporant a les constitucions dels diferents països un catàleg de drets i llibertats individuals (els socials vindran després, al segle XX) que haurien de ser garantits per l'Estat; per exemple, a Espanya apareix de manera orgànica en la Constitució de 1869. Però, en general, el reconeixement d'aquests drets és bastant nominal i la seva protecció és escassa. Serà sobretot al segle XX, després de les guerres, quan l'Estat es faci amb eines que permetin la materialització i la protecció, almenys parcial, d'aquests drets.

Monopoli del dret i unitat de jurisdicció

A l'edat mitjana, com ja sabem, la facultat de crear dret estava fragmentada en diferents cossos i òrgans de les comunitats polítiques. Les ciutats, els gremis, l'Església, els comerciants i altres corporacions tenien els seus estatuts i formes de creació del dret propis. D'altra banda, el costum mateix de tots aquests òrgans era una font important del dret.

Durant els segles de l'absolutisme, especialment des del segle XVI, els monarques avancen en la concentració d'aquestes dues facultats, la de crear dret i la d'exercir la jurisdicció. L'Estat constitucional, com ja hem vist, acaba aquesta tasca i converteix l'Estat en l'únic creador del dret i en l'únic titular de la jurisdicció. Això significa desarticlar un element important de la societat senyorial que consisteix, precisament, en l'estreta vinculació entre propietat i jurisdicció: el propietari de la terra també és jutge dels seus súbdits. Però també implica arrabassar als poders intermedis com els gremis i les ciutats un poder important que els dona autonomia. Ben aviat, els estats es fan amb el control dels tribunals que havien estat tradicionalment controlats per la mateixa comunitat local o el gremi que exercia l'activitat. Fins i tot s'esdevé amb tribunals tan independents del poder reial com els tribunals de comerç

Unitat de jurisdicció

Com el dret, la jurisdicció, és a dir (tot utilitzant un concepte simple), la potestat de dir quin és el dret en un cas concret i fer-lo aplicar, també estava fragmentada i no tenia un únic titular. Un senyor feudal, per exemple, gaudia d'aquesta facultat respecte als seus vassalls.

marítim que havien de resoldre les qüestions especialitzades fins i tot en els mateixos ports. Aquesta concentració de la producció del dret i de la jurisdicció es veu consolidada en els codis, i accentua la divisió entre Estat i societat civil.

3.4.2. Els nous codis

Com ja hem assenyalat insistentment, les monarquies il·lustrades eren conscients de molt dels defectes i esquerdes de l'ordre social i de moltes de les millores que calia emprendre. Una d'elles era la d'ordenar l'immens i dispers cúmul de legislació acumulada a través de segles. Sobretot quan, per poder executar els projectes socials que aquestes monarquies volen posar en marxa, és important comptar amb un ordre legal clar que no estigui a mercè de l'opinió de jutges, juristes i poders locals, sinó que pugui ser controlat des de les altes esferes del poder polític.

La solució fins a aquest moment ha estat la de recopilar. Ajuntar en un mateix text les lleis disperses, seleccionar-les i ordenar-les per matèria. Això no vol dir que s'hagi construït un sistema ordenat i coherent, sinó que les lleis, o un bon nombre d'elles, es troben ordenades per matèria i en un mateix text (generalment de diversos volums) a disposició del jutge. Aquest és el destinatari d'aquestes recopilacions; no la població general, que no pot accedir a la materialitat del text editat en volums costosos ni al seu significat, ja que no té la formació necessària per llegir-lo o entendre'l. La monarquia hispànica va editar diverses i famoses recopilacions, l'última va ser la Novíssima Recopilació de 1805, que va néixer ja antiquada per als nous models que sorgien al seu temps. Pel que fa als codis contemporanis podem assenyalar diverses diferències:

- En primer lloc, com ja hem esmentat, la recopilació és un text adreçat principalment al jutge, ja que no és tant un sistema tancat de normes de conducta per al súbdit com un conjunt de regles perquè el jutge jutgi els casos que se li presenten.
- Una recopilació és una col·lecció de lleis vigents, algunes fins i tot contradictòries entre si. És el jutge qui està cridat a compondre aquestes contradiccions i, en virtut del cas concret que se li presenta, aplicar-les de la manera que consideri més equitativa.
- Una recopilació normalment no deroga les lleis ni les recopilacions anteriors, només imposa la seva aplicació preferent. Els codis intenten implantar un sistema nou que reemplaça a l'ordenament jurídic anterior.
- Les recopilacions no pretenen reformar el sistema social imperant, mantenen les distincions estamentals de la societat feudal.
- Per aquestes raons, una recopilació no conté un projecte de societat, sinó una fotografia, una descripció del dret vigent.

D'altra banda, a Baviera, Prússia o Àustria, la Toscana i la Llombardia s'assagen solucions que tenen forma de codi; és a dir, a diferència de les recopilacions, són una ordenació sistemàtica, en una sola llei articulada, que pretén regular els diferents aspectes de la vida social en la matèria que correspon al codi (comerç, vida civil, delictes, etc.). No obstant això, aquests primers assajos es construeixen des de la realitat social en què es dicten i per això mantenen la pluralitat de subjectes amb diferents règims jurídics segons el seu estament o condició.

El primer codi que s'ajusta al nou model és el de Napoleó, de 1804. En aquest text es reflecteix la idea d'un text que instaura un sistema comú per a tots els ciutadans, no distingeix entre estaments, sinó que és radical en l'aplicació del principi d'igualtat formal. El subjecte jurídic és un, el ciutadà. El Codi Civil francès trenca així amb la societat estamental anterior i consolida el règim liberal burgès, la igualtat formal feta a mida d'aquella classe ascendent. Les normes del Codi no són majoritàriament de nova creació. Els redactors del Codi són estudiosos del seu temps, coneixen dret tradicional, dret universitari, el dret romà i canònic. D'aquestes fonts extreuen les pedres que els serviran per construir l'edifici. Però és precisament aquí on hi ha la novetat, en l'edifici que té una estructura que és del tot nova. Es tracta d'una sola llei que s'articula per regular completament un aspecte de la vida social, ho fa amb normes generals i abstractes, no amb normes concretes i casuistes, com fins llavors era habitual. Regula la realitat amb normes que els redactors del Codi jutgen de dret natural, encara que realment sigui el dret que ells coneixen i ensenyen.

Però a diferència d'aquest dret des del qual s'extreuen les pedres, en el Codi, com a sistema tancat que és, no hi pot haver contradiccions, si n'hi ha, el mateix Codi atorga al jutge les eines d'hermenèutica per resoldre-ho. **Res no queda fora del Codi, no hi ha casos que, en aplicació de les seves normes o de les normes per solucionar buits, no es puguin resoldre.** El Codi pretén ser una construcció completa (sense buits) i, als ulls dels homes del seu temps, definitiva. El Codi és un sistema, tal com hem assenyalat abans quan el diferenciàvem de les recopilacions. Finalment, el Codi pretén ser escrit en un llenguatge senzill, planer, directe, que permeti ser entès per un home d'instrucció mitjana, ja que el destinatari de la llei és el ciutadà que ha d'adaptar-hi la seva conducta.

3.4.3. Algunes consideracions sobre la codificació civil

El **Codi francès**, com ja hem assenyalat, és el far que els codificadors, en tot el mapa que hem descrit a l'inici d'aquest mòdul, tenen com a guia. En molts països el que es promulga és una traducció del Codi de Napoleó amb lleus modificacions, en altres l'estructura és diferent i el contingut també, però el model francès es deixa veure fins i tot allà.

A **Espanya**, la codificació triga temps a articular-se definitivament i el Codi Civil no entra en vigor fins al 1889. No és un problema tècnic el que endarreix aquesta codificació, sinó la tensió entre els drets tradicionals vigents en cada territori del nou Estat i el nou dret que es vol codificar. Un problema polític que també es dona, d'una altra manera, a Alemanya. Allà, el Codi es presenta com una oportunitat de generar un projecte d'unitat nacional, no obstant això, les tensions que genera aquesta postura i les propostes de Savigny endarreriran també allà la codificació fins al 1900. Tornarem sobre aquest punt quan tractem la tensió entre el projecte i la tradició.

A **Itàlia**, el Codi Civil de Napoleó, promulgat allà lleugerament adaptat a la realitat italiana, va tenir una vigència breu. Amb el col·lapse del domini napoleònic en terres italianes cada regne o estat de la Península va generar codificacions pròpies, però ja imbuïdes del nou esperit de la codificació. El 1861, unificada Itàlia, es fa necessari dotar-la d'un codi perquè, com es veu en aquest i en altres casos, el Codi, que en aquest cas va ser promulgat el 1865, serveix com a eina d'unitat nacional del nou Estat-nació.

A l'**Amèrica Llatina** la codificació civil es produeix amb certa celeritat. No hi ha oposició interna i les flamants nacions estan ansioses de trencar amb l'antiga legislació que d'alguna manera les vincula políticament amb Espanya. Hi ha clarament, en el cas americà, dos fars: el septentrional, que il·lumina des de França –el Codi Civil de Napoleó–, i el meridional, el Codi d'Andrés Bello, intel·lectual veneçolà instal·lat a Xile. Bello redacta un codi per a aquest últim país pensant en el Codi francès i altres fonts que adapta al dret tradicional hispànic, alhora que innova en altres matèries. Aquest Codi serà tingut en compte per altres codificadors de la regió, o bé serà adoptat gairebé integralment per països com l'Equador o Colòmbia.

El codi –com les constitucions i, en general, la llei entesa com a projecte– encarna en aquesta època l'ideari liberal. La mesura principal, per tant, ha de ser desarticlar l'ordre anterior en allò que pertorba la realització del projecte. Això suposa reflectir en la nova legislació diversos principis que hem estudiat:

- **La igualtat formal de tots els ciutadans.** Sense importar si el seu règim jurídic anterior era especial com el d'una regió, una ciutat o el d'un estatment, i fins i tot si aquest ordenament era aliè a la tradició estatal, com

La codificació civil espanyola

La codificació civil arrenca el 1821 amb un projecte que mai va ser promulgat. Tampoc va tenir èxit el projecte de 1851, el redactor principal va ser Francisco García Goyena. Aquest projecte, però, va servir de base per al codi que finalment es va promulgar el 1889.

per exemple passava amb els pobles indígenes. El Codi estableix la unitat de subjecte jurídic.

- **Lliure circulació de béns.** En la societat de l'Antic Règim, la concentració de la propietat, sobretot els immobles, afavoreix dos grups especialment: l'Església i la noblesa.

En el cas de la noblesa, al llarg dels segles, les famílies han anat establint mecanismes per evitar que la propietat es disgregui en vida o després de la mort de cada generació. El motiu és evitar el declivi del llinatge en l'escala social, ja que aquesta posició depèn principalment de la propietat de la terra. Hi ha diverses eines jurídiques que serveixen aquest objectiu:

- La institució de l'hereu únic que evita així la divisió entre els germans.
- Els patrimonis que no només són heretats per una sola persona, sinó que formen un complex de béns indivisible, inembargable i inalienable.
- Els usdefruits successius i vitalicis que impedeixen o dificulten la venda dels immobles.
- Els censos que vinculen una propietat amb el pagament d'un cànon a favor de certes persones, encara que aquesta propietat canviï de mans.
- Els fideïcomisos que permeten que una propietat tingui una ruta successòria traçada per un testador que estableix el fideïcomís. A través d'aquesta institució es limiten les facultats de l'hereu, i el bé es protegeix de la seva voluntat i de la d'altres interessats.

En el cas de l'Església, la propietat entrava a les seves arques quedava amortitzada, és a dir, fora del comerç. A vegades, podria ser d'utilitat per a un monestir o una explotació agrícola, però en moltes altres ocasions quedava sense un ús gaire intensiu. El mateix s'esdevé amb moltes propietats immobiliàries pertanyents als municipis.

D'aquí ve que la nova legislació civil acabi amb aquestes institucions o les limiti enormement. La lliure circulació de béns fa que no hi hagi traves per a vendre'ls i que puguin ser adquirits per qualsevol. Això beneficia la burgesia que, a l'antiga legislació, veu obstacles que dificulten la seva activitat comercial i l'ascens social en aquestes institucions. En això, cada codi és diferent i en cada societat se superen diferents bretxes, però la tendència és la mateixa en tots: limitar o fer desaparèixer aquestes institucions a través de la legislació civil continguda en els codis o en lleis especials. D'aquesta manera, s'ataca la línia de flotació de la societat estamental que es troba en les grans famílies i els seus patrimonis privilegiats. Forçant la seva divisió o la seva reducció a béns comuns que es poden vendre sense límits, la burgesia afona una de les barreres d'entrada més fortes rere les quals la noblesa s'havia parapetat.

En el cas dels béns municipals o de l'Església, la reacció de l'Estat liberal és la desamortització de terres pertanyents a aquestes entitats, és a dir, l'expropiació d'aquestes propietats per després ser posades en circulació i adquirides per particulars.

Tot aquesta varietat de normes que van desmuntant la societat anterior per instaurar el model burgès suposen un nou concepte de propietat, que es defineix perquè és plena (sense càrregues ni traves), absoluta, i que es desfà fàcilment de les limitacions i la propietat col·lectiva. Per això el legislador fa que sigui fàcil dissoldre comunitats, i fàcil també desfer el vincle entre el camperol i el senyor o entre els indígenes i les seves comunitats; això ho tractarem més endavant.

- **L'autonomia de la voluntat.** Es tracta d'un principi que se sosté en contradicció amb la intervenció de l'Estat en els contractes privats o el control exercit pels gremis o els municipis sobre els contractes. En el pensament liberal, la voluntat dels contractants ha de ser capaç de crear lleis entre ells i el consentiment ha de ser suficient per donar per bones les obligacions que derivin d'aquest tracte. Ni l'Estat, ni cap altre poder col·lectiu, ha d'intervenir per regular el contingut dels acords ni per donar suport a alguna de les parts. Aquest principi suposa el tracte entre ciutadans iguals i lliures, també la igualtat de la informació. Ja veurem com, després de la decadència del liberalisme clàssic, l'autonomia de la voluntat es relativitza, especialment quan és evident que la posició dels contractants és manifestament desigual en el món material, encara que formalment siguin iguals.

3.4.4. Algunes consideracions sobre la codificació penal

Les reformes en matèria penal se centren en dos àmbits, en primer lloc, establir un procés formal que oferís garanties a un acusat eventual i, en segon lloc, un dret penal que establís delictes i penes clares, i es regís pel principi de legalitat.

Cal tenir en compte que, fins al segle XVIII, la presó com a pena era pràcticament inexistente; generalment es feia servir amb la finalitat d'evitar la fuga i mantenir la població a recer d'un presumpte delinqüent, o viceversa, mentre se substanciava el judici. També era la manera de mantenir un acusat a disposició del jutge per als interrogatoris i altres indagacions. Però, en general, no es considerava una pena en si mateixa (amb l'excepció d'algunes persones o de certs delictes), la pena per excel·lència era un sofriment físic que s'imposava després del judici i, després del qual, la persona condemnada quedava en llibertat. Algunes d'aquestes penes generaven seqüeles visibles en l'individu i el deixaven estigmatitzat davant tothom que tingués contacte amb ell. Les penes més greus eren l'execució pública i l'exili. Altres penes eren més lleus, normalment, penes pecuniàries o presidi temporal (que serveix d'antecedent de la presó).



Dels delictes i les penes, de Cesare Beccaria
 Font: https://es.wikipedia.org/wiki/De_los_delitos_y_las_penas#/media/Archivo:Dei_delitti_e_delle_pene_1764.jpg

Per als intel·lectuals dels segles XVII i XVIII, el sistema penal de la monarquia absoluta presenta greus problemes que es podrien resumir així: les penes són arbitràries i moltes d'elles cruels; els jutges tenen un gran marge de discrecionalitat a l'hora d'establir les penes; sovint, les penes físiques s'imposen a persones sense recursos econòmics que no estan en condicions de commutar-les per penes pecuniàries i es veuen sotmeses a tractes degradants; en el procés penal inquisidor, la recerca de la veritat material destrueix les garanties de les persones imputades per delictes, i s'utilitzen també maltractaments i tortures per obtenir testimoniatsges.

Aquesta situació de tractes degradants i explotació del dolor va portar diversos intel·lectuals de l'època a qüestionar les finalitats i els mitjans de dret penal. Entre ells el més cèlebre és Cesare Bonesana, marquès de Beccaria (1738-1794). Beccaria va escriure un celebèrrim opuscle el 1764 titulat *Dels delictes i les penes*. En aquesta obra, que parteix de la tesi contractualista, denuncia el maltractament, la inhumanitat de les penes i sobretot la seva inutilitat. Tot partint d'una concepció il·lustrada, observa que les penes només poden tenir la finalitat de prevenir nous delictes, sigui evitant que el subjecte torni a cometre'ls (prevenció especial) o sigui impedint que altres cometin fets similars, ja que es veuen persuadits per les conseqüències que aquests comporten (prevenció general). Beccaria també critica la manca de seguretat jurídica i d'un procés que respecti certes garanties. Sosté que les penes han d'estar predefinides i que, durant el procés, els acusats no poden ser sotmesos a maltractaments amb el pretext de descobrir la veritat o obtenir una confessió. Amb això, aquest autor, juntament amb altres com Montesquieu o Voltaire, assenta les bases d'un dret penal contemporani.

Per a aquests intel·lectuals, la privació de llibertat és la manera d'imposar una pena més pròpia del seu món, tingui aquesta un fi retributiu o en tingui un d'utilitari, les dues posicions principals que en aquell moment es plantegen sobre la finalitat de les penes. La presó és satisfactòria i suficient des d'ambdues perspectives. D'una banda, privar algú de la llibertat de desplaçar-se és un càstig suficient i graduable segons la gravetat del delicte; d'altra banda, la presó persuadeix d'altres de cometre els mateixos actes i aïlla el pres, tot convertint-lo en una persona innòcua per a la societat mentre duri el càstig. Quan escriuen, els autors il·lustrats ja compten amb un Estat que és capaç de crear aquestes condicions d'aïllament i amb centres penitenciaris que permeten apartar de la societat un individu, indefinidament si és necessari. Fins i tot hi ha enginyeria al respecte; Jeremy Bentham (1748-1832), per exemple, va dissenyar un sistema penitenciari, el panòptic, que permetia l'observació constant dels presos o, més aviat, que els feia pensar que estaven en observació constant. L'exhibició a la vista d'altres, a la vigilància, tindria efectes sobre el seu comportament. En qualsevol cas, l'empresonament s'oposa a les tortures o els càstigs físics i es considera que aquesta és una manera de castigar admissible, ja que no els involucra, encara que pugui comportar treballs forçats durant l'empresonament. Sabem, passat el temps, que moltes d'aquestes suposi-

cions tenen una candidesa gairebé culpable. Però la veritat és que, en aquell moment, en l'apogeu de la idea de progrés i de la Il·lustració, l'ambient era propici.

Aquest és l'esperit dels nous codis penals. La majoria van abolir els càstigs físics i van convertir l'empresonament en el càstig per excel·lència. També van condicionar la possibilitat de ser encausat per un delictes al fet que tingués una existència clara i prèvia en la llei. Aquest principi va ser formulat per Feuerbach (1775-1833) i és conegut habitualment com a *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*; va ser incorporat al Codi Penal de Baviera del 1813 i suposa la concreció del principi de legalitat en matèria penal.

Abans, el Codi Penal austríac del 1787 –o el francès de 1791– ja havia recollit una bona part del pensament il·lustrat sobre el dret penal. Separava més clarament el delictes del pecat i concedia més importància als delictes contra la propietat, en defensa d'aquell principi que es convertiria en baluard de la societat burgesa. També es neteja la legislació penal de delictes que castiguesin meres expressions de pensament. Havia de ser també un codi que no fes distinció de persones segons estament o condició, i que obligués els jutges a aplicar estrictament la llei sense concedir-los marge per atenuar o agreujar les penes que establí tot atenent la condició personal de l'acusat. Així mateix, els procediments en matèria penal mutarien cap a una publicitat i un formalisme més elevats, que restringissin l'activitat indagatòria dels jutges o la policia. A aquest primer sistema de garanties el va seguir una regressió que es fa evident en la codificació penal napoleònica. En el seu Codi de 1810, Napoleó va recuperar el càstig com a mitjà d'intimidació i va augmentar els tipus penals defensius de l'Estat i el poder polític (traïció, desobediència, complot, etc.). És aquesta línia la que van seguir altres codis europeus, ja sigui per influència del francès o per la resposta social mateixa, especialment sensible a la configuració del dret penal. Aquest és el cas del Codi Penal espanyol de 1822 i de 1848, molt influent a l'Amèrica hispana, o el de Baviera de 1813 que ja hem citat al paràgraf anterior.

Durant el segle XIX es veurà l'eliminació progressiva d'alguns tipus o càstigs que es consideraven inhumans, o bé que tenien relació amb la confessió religiosa. Tanmateix, es reintrodueixen elements que permeten al jutge tenir una discrecionalitat més àmplia a l'hora d'establir les penes, com són les circumstàncies atenuants o agreujants.

3.4.5. Un dret unidimensional i nacional

Recapitulem

Recordem que, per als juristes medievals, els diversos ordenaments que coexistien en una comunitat política i que ens agrupem sota el títol de drets propis (*iura propria*) contenien un dret pràctic, sorgit espontània-

ment del costum o d'actes d'un poder polític fragmentat i incomplet. Eren drets particulars, plens de buits, però també autèntics, representatius de la comunitat que els creava. I no pretenien ser exhaustius, entre altres coses perquè, com ja hem assenyalat, aquests ordenaments contenen raons per decidir què és el dret en seu judicial, no la solució racional a tots els casos que es puguin presentar.

D'altra banda, com hem apuntat, la realitat jurídica medieval no s'entén sense el dret comú, un dret científic, nascut a les universitats i de caràcter universal (ja que la seva validesa no està circumscrita a una comunitat o un territori determinats, com els drets propis). Tots els que estudiaven dret a Europa i després al Nou Món ho feien de la mateixa manera, és a dir, cultivant els textos de dret romà, els de dret canònic i tota la ciència que s'hi anava afegint, interpretant-los, donant-los contingut a través de glosses i comentaris. Però el dret comú no era el dret romà o canònic, sinó l'opinió dels juristes a partir dels textos de dret romà i canònic; era la ciència jurídica, és a dir, el que els juristes com a col·lectiu d'experts diuen que és dret. Aquest ordenament es va anar estenent gradualment per tots els regnes europeus des del segle XI perquè, com a ordenament científic, no estava sotmès als costums d'una localitat o un col·lectiu particulars, el seu únic límit (altrament bastant flexible) era el text.

En aquest context, i aquesta és una qüestió fonamental, el jutge no està obligat a aplicar la llei. Les lleis, els ordenaments en general, consuetudinaris o escrits, es presenten davant del jutge com a resums d'experiència; això és el que contenen les fixacions i les recopilacions que el jutge té a la seva disposició per resoldre els litigis. En altres paraules, són una guia, un *topos* al qual el jurista recorre a l'hora de resoldre els assumptes que són sotmesos al seu coneixement. Per això els textos antics tenen prestigi i les normes rarament es revoquen, ans subsisteixen fins i tot en contradicció, perquè en cada cas el jutge es pot valer d'una o altra segons sembli més idònia per decidir el que és just en el cas concret. D'aquesta manera és en la realitat on hi ha el dret, i les normes escrites o els costums no són més que arguments que ajuden o assisteixen el jutge i que formen la seva raó per descobrir-lo. Com hem assenyalat anteriorment, a aquest fenomen de l'argumentació tòpica dels juristes hi contribueix el pluralisme jurídic, en la mesura que tot sovint un mateix assumpte tingui diferents solucions «segons la llei», però sobretot hi contribueix l'existència d'un ordenament, el *ius commune*, que actua com una segona dimensió respecte als ordenaments locals, territorial o d'un col·lectiu particular. Una segona dimensió que en seu judicial pot ampliar, restringir o fins i tot cancel·lar la primera.

Evidentment, aquest ordenament científic influeix en els altres, sobretot en un, el que emana del rei. Efectivament, el dret produït pel rei començarà a despuntar per anar-se imposant a poc a poc a la resta dels ordenaments. Com hem assenyalat anteriorment, es tracta de la llei, la

lleï del regne o de l'Estat; la seva nova posició, que a poc a poc esdevé predominant, és una expressió de l'absolutisme que veurà alçar-se un dels poders socials per sobre dels altres, sobretot a partir del segle xv. Per tant, la importància creixent del dret del rei és el correlat de l'ascens de l'Estat. El monisme jurídic que impulsa l'absolutisme s'anirà instal·lant sobre la pluralitat de drets propis, d'una banda, i mitjançant la supressió o la substitució de la dimensió universal que constitueix el dret comú, de l'altra. El nou dret estatal tindrà la vocació de substituir ambdues dimensions per una de sola. Però aquest és un procés llarg; el final del camí, si es pot parlar així, arribarà només al segle xix.

Per assolir aquest punt serà fonamental el pas marcat pels mateixos juristes i, en particular, la nova concepció del dret promoguda pel jusnaturalisme racionalista des dels segles xvii i xviii. Com ja hem assenyalat anteriorment, la seva pretensió era precisament superar la pluralitat a partir d'aquest nou dret universal que s'havia d'imposar als drets particulars. Es tractava de materialitzar la veritable universalitat que ja no depèn, en el seu pensament, de la tradició jurídica (com el *ius commune*), sinó de la investigació d'un dret natural descobert a través de la raó. La idea era que els drets propis, llast de l'antiga concepció del dret, fossin eliminats per un dret estatal sistematitzat i codificat; i que el dret comú també fos substituït per aquesta nova ordenació. No obstant això, la seva manifestació pràctica va contradir parcialment aquest punt de partida. El dret de la Il·lustració es va superposar als drets locals per crear un dret propi de l'Estat-nació i no un dret d'abast universal. De manera que es va convertir finalment en un dret propi (particular de l'Estat), però a gran escala. La dimensió universal va quedar buida i el sistema es va tancar sobre si mateix per donar lloc a un dret unidimensional propi de l'Estat-nació.

El dret comú tenia, en canvi, la seva font de legitimitat en l'*auctoritas* dels juristes i en els textos que aquests estudiaven. No era un dret legitimat pel poder, no era aquest suport el que li donava validesa. Que no sigui legitimat o validat pel poder no vol dir que li fos aliè, al contrari, els monarques europeus es van envoltar de juristes per anar construint l'edifici de l'Estat, però, encara que fessin servir aquell dret o que el promoguessin, el *ius commune* no tenia valor per aquest suport sinó per si mateix i pels seus cultivadors, és això el que li donava caràcter universal. Evidentment, per als fills de la modernitat és difícil d'entendre un dret així, aliè al poder, que es desenvolupa per obra de la comunitat política o del desenvolupament científic dels juristes i, en ambdós casos, relativament aliè a l'Estat. És difícil perquè el monisme jurídic de l'Estat contemporani va eliminar aquest pla universal del dret constituït pel *ius commune* i, amb això, la ciència jurídica va deixar de ser creadora privilegiada del dret, o almenys va deixar de ser reconeguda com a tal.

Per materialitzar aquesta unidimensionalitat, els codis contemporanis, en la seva immensa majoria, deroguen tota la legislació anterior referida a la matèria i introdueixen normes que indiquen al jutge com afrontar i aplicar el dret. Aquestes normes el converteixen en un jutge cridat a ser un mer aplicador de la llei.

3.4.6. El jutge com a simple aplicador

Per a aquest primer dret modern construït des del jusnaturalisme racionalista era lògic que els jutges fossin relegats a un paper d'aplicadors; d'una altra manera és impossible controlar la producció del dret. La lògica a la qual ens referim és precisament la que inspira tot el conjunt de postulats del jusnaturalisme racionalista. Com ja hem assenyalat, des de la perspectiva d'aquest corrent de pensament, el dret és el resultat de l'especulació filosòfica que és capaç de determinar certs axiomes dels quals es dedueixen normes jurídiques concretes. El dret no es coneix en la realitat (com en el dret anterior pre-il·lustrat), sinó a partir d'aquests principis.

La justícia de les normes rau en el fet que són deduïdes lògicament d'aquests principis. No es podria mantenir aquest ideal de justícia si el jutge no es limités a ser-ne un aplicador, la seva funció en aquest sistema és realitzar l'últim acte deductiu de la cadena que acaba en la sentència. Si el jutge no es limita a aplicar, tot el sistema es trenca.

En altres paraules, els esforços teòrics dels juristes de la modernitat se centren a transformar la llei, d'una manifestació de *potestas* en una plasmació de l'equitat dotada, doncs, d'*auctoritas*. El positivisme jurídic va fer la seva entrada un cop assentat aquest principi i va prescindir de la referència a allò natural d'aquests axiomes per fer recaure la validesa de les normes en la voluntat del sobirà; un sobirà que pot ser la nació, el poble o el monarca i la nació conjuntament, depenent de les diferents posicions polítiques que en aquell moment es veuen reflectides en les constitucions dels països occidentals.

Així, des del punt de vista teòric, tant el jusnaturalisme racionalista com el positivisme prediquen la necessitat del jutge aplicador i responen, en definitiva, a la mateixa lògica del sistema. Ja en el segle XVII, en ple absolutisme, alguns juristes s'esforçaven a argumentar sobre el deure d'obediència del jutge a la llei, una obediència desconeguda pel jutge anterior. Des del jusnaturalisme racionalista, el jutge ocupa un lloc en el sistema que no el legitima a jutjar la llei, la llei és justa perquè prové d'un legislador racional: el monarca i més tard el poble o la nació sobirana.

La concepció jusnaturalista serà a poc a poc substituïda per la positivista sense que això generi grans canvis en aquesta nova realitat jurídica, perquè el pas fonamental del dret il·lustrat és precisament aquell en què ambdues visions coincideixen: el que es dona cap a una concepció sistemàtica del dret (no casuista) i, en aquest context, cap al paper del jutge com a aplicador de les lleis controlades per l'Estat que conformen el sistema.

Evidentment, l'exclusió d'un dret natural com un ordenament que d'alguna manera valida i limita el dret positiu és important, però no crea sinó que reforça la idea que el jutge està obligat a aplicar la llei. És per això que la codificació del dret es pot llegir en clau jusnaturalista i positivista al mateix temps.

Es pot citar, per il·lustrar aquest canvi, l'exemple de la regla *odia restringi*. És una regla d'interpretació adreçada al jutge i el seu funcionament és molt simple. En alguna època (sobretot entre els segles XIV i XVI) normalment s'entenia que les regles que gaudien de relativa preferència eren les regles del dret propi. El dret comú havia de servir com a criteri d'interpretació i límit d'aquell. D'aquesta manera, el que en el dret propi era contrari (odiós) al dret comú s'havia d'interpretar de manera restrictiva; en canvi, si era favorable, de manera extensiva. Tot això per vulnerar el menys possible les regles del dret comú, que és des d'on els juristes miren el dret, és el món en el qual s'han format perquè aquest dret, com sabem, és el que s'estudia a les universitats.

La regla *odia restringi* va decaure a poc a poc en la mesura que el dret de l'Estat monàrquic i absolut s'imposava sobre la resta dels ordenaments que coexistien en el marc del pluralisme jurídic pre-il·lustrat. Amb el dret il·lustrat i l'hegemonia del poder estatal, la regla va desaparèixer; de fet, va ser proscrita expressament en alguns codis civils i tàcitament en la majoria. La modernitat va apostar per una simplificació de l'operació jurídica: l'aplicació. Per aconseguir-ho, gairebé tots els codis comencen el seu articulat tot indicant com el jutge ha d'aplicar i interpretar, com ha d'omplir els buits i com s'ha de cenyir sempre al criteri de la llei, i no d'altres fonts ni d'altres ordenaments paral·lels.

4. El que queda per resoldre: alguns problemes del projecte liberal

4.1. Un parlament sense control

A l'Antic Règim, d'alguna manera, el contrapunt de l'Administració és la judicatura. Això suposa que la defensa dels drets dels súbdits davant dels actes d'altres súbdits o dels funcionaris del regne està, sobretot, a les mans dels jutges, concretament dels de segona instància. I ho està en particular perquè, com hem vist anteriorment, el dret no és, encara, patrimoni de l'Estat. Prova d'això és que els jutges fan dos judicis: un, el que fan dels fets que se'ls presenten i, un altre, de les normes que es presenten com a idònies per resoldre l'assumpte. Això permet als jutges apartar-se de les solucions previstes o prioritzar-ne unes davant d'altres quan són múltiples (recordem que el dret anterior a la codificació és plural). És cert que, sota el signe de l'absolutisme, prevalen les lleis del rei, si bé tanmateix no tenen l'exclusiva ni el monopoli del dret. Recordem un altre cop que els juristes s'han format estudiant el *ius commune* medieval i la doctrina que d'aquest dret primigeni s'ha anat construint, i també es troben amb una sèrie de drets propis de cada comunitat política a la qual serveixen. Així, un jutge d'Aragó, per exemple, té també davant d'ell una infinitat de costums que són dret propi d'aquest regne i fins i tot d'una ciutat en particular, també ordenaments particulars de certs col·lectius, com els nobles, els clergues, els camperols, els artesans, els mercaders, etc.; en el cas de les Amèriques, també els indis. Davant d'aquest dret plural, és el jutge qui defineix amb certesa i amb posterioritat als fets com es resol un cas. Evidentment, la majoria de les controvèrsies, com passa avui, no impliquen grans complexitats, però en l'extrem de casos difícils el jutge gaudeix d'un gran albir, és a dir, de llibertat per definir la solució justa per al cas concret dins dels límits que aquell dret plural li atorga. Això, en principi, tot i que també pot ser al contrari, protegeix el súbdit de lleis o actes injustos.

El projecte del constitucionalisme liberal busca, en canvi, disciplinar els jutges, que aquests es limitin a ser aplicadors de la legislació que s'ha fixat en els codis promulgats per l'Estat. Ja hem parlat d'això. Aquest, el de la legislació, ha de ser el marc en què la seva actuació es desenvolupi. Per tant, la impressió que pugui causar en un jutge la injustícia d'una determinada norma no pot ser un impediment per a la seva aplicació estricta. És per això que, en la majoria dels codis civils, un dels primers mandats que fa el legislador tracta sobre la interpretació de les lleis i, especialment, és dirigit al jutge. Els jutges no es poden separar del tenor literal i, si aquest no és clar, poden acudir a altres recursos destinats a conèixer la voluntat del legislador, ja sigui a través del sentit històric de la norma (circumstàncies que van conduir a la seva promulgació) a través del seu context en el sistema jurídic, o bé a través de l'analogia amb al-

tres normes. Només residualment, en cas de mancar una solució clara donada per la llei, es permet que el jutge recorri als principis generals del dret, és a dir, a tota aquella formació que havien rebut secularment els juristes i que coneixem com a *ius commune*. En cap cas aquest coneixement pot ser una excusa per no aplicar o per aplicar restrictivament o extensivament una norma, com sí que passava abans de la codificació vuitcentista, tal com hem vist.

El projecte necessita aquesta lògica. L'aplicació és justícia en el pensament jusnaturalista i és l'única opció legítima en el pensament positivista (aplicació de la voluntat de la nació). En l'enfocament del jusnaturalisme racionalista, com si fossin copes de cava disposades en piràmide, la justícia s'aboca des del primer exercici d'especulació que descobreix un principi just fins a l'última copa de la base; aquest flux només es produeix quan un raonament lògic permet passar d'un esglaió al següent. A la base, com hem dit, hi ha les sentències, només hi arriba la beguda de la justícia si el jutge ha respectat les regles d'interpretació i d'aplicació. És l'única opció legítima en el pensament positivista perquè, en la mateixa lògica, és la voluntat de la nació és la que s'aboca entre les copes. Aquesta és la mecànica del dret de la Il·lustració.

No obstant això, el parlament es queda així sense contrapunt. En aquesta època encara no s'ha plantejat que es pugui qüestionar la declaració del parlament per part d'un tribunal, ni que sigui possible corregir-lo; això és quelcom que s'esdevindrà al segle XX, com veurem més endavant.

En aquesta època, la constitució és la pedra angular de l'Estat; no obstant això, no es pot fer valer contra una norma del mateix Estat, com una llei. Això vol dir que, a la pràctica, el legislador pot desoir la constitució, sobretot en els seus aspectes més declaratius.

Com a representant de la nació, el parlament no està subjecte a control més enllà del que que ella mateixa exerceixi a través de les eleccions periòdiques. L'executiu, en canvi, ha de complir i fer complir les lleis, i si bé en el cas de monarquies el rei és irresponsable, els seus ministres no ho són ni tampoc la resta dels funcionaris. Els jutges han d'aplicar les lleis sense la possibilitat de sotmetre-les a control, com hem explicat amb insistència. Tanmateix, el poder legislatiu no està sotmès a més controls, el contingut de les lleis no pot ser objecte de revisió per part d'un altre òrgan. La disciplina que imposa la llei en aquest sentit és fèrria i, des del punt de vista polític, necessària, perquè es tracta d'instaurar, contra la tradició imperant, un nou règim.

Per aquesta mateixa raó, les garanties fonamentals van quedar sovint reduïdes a meres declaracions de bones intencions. Moltes d'elles eren, en principi, una ordre al legislador i no comptaven amb mecanismes per ser exigides directament pels ciutadans davant una contravenció de l'Administració o del mateix

legislador. Serà més tard, després de les guerres de principis del segle XX, quan un control constitucional de les lleis comenci a implementar-se d'una manera més o menys efectiva a bona part dels països de tradició romanogermànica.

4.2. La igualtat formal

La igualtat, evidentment, es va plantejar com una conquesta, i ho és. Però la igualtat té una cara no tan amable que es manifesta com una imposició cultural. Quan igualem solem igualar amb alguna cosa o amb algú, hi ha un model de persona o cosa a la qual igualem les altres. El projecte liberal promogut per la burgesia iguala, però iguala imposant o assimilant tota la població a un mateix model: el mascle blanc, propietari, mitjanament educat. De d'aquest prisma és des del qual es construeix la societat civil.

D'aquesta manera, les necessitats que el dret procura satisfer, les facultats que atorga, els interessos que protegeix i la manera de fer-ho estan pensades per a aquest model d'home. Els modes de producció, els costums i les necessitats d'altres grups socials, i fins i tot d'altres grups ètnics en el cas de les societats multiètniques, sovint són desplaçats a un segon pla o no són considerats en absolut. Aquest fenomen de **ceguesa constitucional** es pot resumir com l'efecte que es produeix en igualar formalment una població plural de tal manera que el dret percep tots els individus de la mateixa manera, tot assimilant-los a un model que ha servit de base per a la construcció d'un dret abstracte, no basat en aquestes particularitats i diferències.

Això és especialment evident si es considera el passat immediat. El dret anterior es construeix sobre la diferència. Cada grup, cada òrgan de la societat té el seu propi dret. La societat corporativa distingeix entre uns i altres pel seu domicili, pel seu origen, per la seva condició social, la seva activitat, etc. Les distincions atorguen privilegis, és cert, però també protegeixen, emparen i reconeixen diferents necessitats i identitats. Amb l'exemple dels camperols o els indígenes en el cas dels països de l'Amèrica Llatina es pot posar de manifest aquest problema.

Els camperols, generalment, tenien reconegut un tipus de propietat sobre els immobles que explotaven. No es tracta de la propietat absoluta i plena que coneixem avui, sinó un tipus de propietat que es trobava difusa entre diverses persones, especialment entre el senyor i el vassall. Els camperols, per tant, estaven obligats a certes prestacions a favor del senyor i el senyor, al seu torn, a protegir i mantenir el vassall amb les seves necessitats. Evidentment, aquesta mena de distincions repugnen al projecte liberal, com ja hem dit en parlar de la codificació. El nou règim constitucional iguala senyors i camperols i, amb això, també elimina els elements d'abús i també de protecció a favor del camperol. D'aquesta manera el senyor esdevé propietari i el camperol arrendatari, figures pròpies d'una concepció de la propietat liberal, individualista i igualitària.

Igualtat i diferència

La igualtat formal és una de les banderes de lluita de la revolució burgesa. El dret anterior es basa en la diferència i estableix règims jurídics diferenciats per a cada tipus de persona. La imposició de la igualtat formal acaba amb la pluralitat que permetien aquests règims.

Igualtat formal i desigualtat material

Es tracta d'una igualtat que en bona mesura deixa desemparrats els camperols que, tractats pel dret com a iguals al propietari, sucumbeixen davant la manifesta desigualtat material.

Un altre cas similar és el dels indígenes en els regnes americans. Abans de les independències eren reconeguts com a vassalls de la Corona i, com a membres d'un poble, els seus costums i el seu dret també estaven reconeguts (en la mesura que no entressin en contradicció amb la fe o la moral de la societat criolla). Aquestes distincions generen mecanismes d'explotació, sens dubte, però també, com en el cas dels camperols, mecanismes de protecció. La igualtat acaba amb ambdues coses i l'indígena que habita el territori d'un d'aquests regnes deixa de ser natural de la seva tribu, deixa de veure reconegut el seu dret i es converteix en un ciutadà mexicà, argentí, peruà, etc. Això vol dir que la llei el tracta igual que a la resta de ciutadans de l'Estat, el tracta com si fos un home blanc, propietari i instruït. Aquest desajust entre el país real i el legal produeix mecanismes nous d'explotació molt més severes que els que s'havien conegut en el període monàrquic. Els indígenes no només van ser explotats, sinó que la seva pròpia identitat és descartada pel dret en nom de la igualtat. La descomposició de les comunitats indígenes va inaugurar una de les pitjors èpoques per als pobles originaris d'Amèrica, justament mentre les flamants repúbliques s'arrogaven el mèrit de ser terres de llibertat.

En realitat, la igualtat entesa com la va entendre el liberalisme clàssic afavorí principalment la classe burgesa, que es va veure igualada amb l'antiga noblesa. Com que el model d'home és el de l'home burgès, blanc i instruït, la noblesa acaba convertint-se en un element decoratiu que s'aburgesa o desapareix; és la burgesia la que imposa les noves normes de jerarquia social. En aquest context, els que no s'assemblen a aquest col·lectiu, com els camperols, els indígenes o els nobles pobres que no són capaços d'assimilar-se a la burgesia es veuen sovint perjudicats per les noves regles del joc.

4.3. Individualisme

Estretament relacionat amb l'anterior, el projecte liberal instaura una societat de caràcter individualista. L'Estat liberal es relaciona amb individus, no amb col·lectius. L'únic col·lectiu realment rellevant en termes jurídics és la nació mateixa, per això la nació no és tan sols una creació de l'Estat constitucional, també n'és una necessitat.

No és acceptable que una persona tingui una determinada posició jurídica en funció del col·lectiu al qual pertanyi, l'única posició possible és la de ciutadà i, dins d'aquesta, la de capaç o incapaç.

Com en el cas de la igualtat, això contrasta amb la societat precedent. **La societat de l'Antic Règim i la societat medieval és corporativa. Es compon de cossos, i els individus tenen un estatus i un dret en funció d'aquests cossos.** Per exemple, un noble té un règim jurídic per ser noble, un comerciant normalment en té un altre, almenys en les qüestions relatives a la seva activitat que, per cert, està dirigida i governada des del gremi dels comerciants, amb les seves pròpies normes, amb els seus propis tribunals. Un camperol, un sacerdot, un monjo, un artesà, una vídua, un orfe, un indígena, en definitiva,

Estat liberal i col·lectivitats

Els col·lectius i les corporacions són, des d'una perspectiva liberal, rèmores que impedeixen la llibertat dels ciutadans.

cada col·lectiu té un dret particular, propi, que es creua amb els altres. No només això, també en l'àmbit territorial hi ha pluralitat, una mateixa Corona es compon de múltiples regnes, com ja vam veure en un altre mòdul. Un mateix rei concentra diferents realitats polítiques sota el seu poder. No és el mateix Castella que Navarra o València o Catalunya, per exemple. I dins d'un regne no és el mateix una comunitat política que una altra, cada ciutat i el seu entorn són realitats particulars. De fet, abans de la invenció de les nacions, les persones deien ser naturals de la seva ciutat d'origen o, com a molt, del regne, el comtat, el principat o el senyoriu on es trobava aquella pàtria.

Tampoc no era el mateix una ciutat que el camp; els habitants d'una ciutat tenien un dret o molts drets que es creuaven en la vida urbana. Al camp, el dret era diferent, encara que coincident en moltes coses dins de l'àrea d'influència d'una ciutat. Els senyors tenien un àmbit de jurisdicció que els pertanyia i, com a tals, eren una font viva del dret dels senyorius que governaven. Com es veu, la societat prerevolucionària és enormement plural i està fundada en allò col·lectiu. La llibertat de les persones rau en el fet de pertànyer plenament a aquestes corporacions. La *llibertat dels moderns*, tal com la caracteritzà Benjamin Constant (1767-1830), significa diluir el pes de qualsevol organització social corporativa, inclòs l'Estat, en la vida dels individus. Els ciutadans es relacionen directament amb l'Estat i, en l'àmbit civil, res que no estigui expressament prohibit els pot ser impedit: poden definir la seva ocupació, moure's allà on vulguin, disposar de les seves coses, donar el sentit que vulguin a la seva activitat quotidiana, etc.

Certament, aquesta visió liberal és una conquesta respecte a molts lligams que la mateixa pertinença a determinats grups podia imposar a cada persona en particular. No obstant això, com en el cas de la igualtat, el projecte liberal també significa la imposició de l'individualisme com a destructor de senyes d'identitat col·lectives. Els ciutadans són ciutadans d'un Estat el perfil d'identitat del qual tendeix a ser únic, el dret del qual és únic i les creences del qual també són úniques. L'Estat constitucional, igualant i atomitzant, va acabar l'existència jurídica dels pobles indígenes, per exemple, perquè són col·lectius que, en la nova configuració social, no tenen cabuda. Fins a aquell moment, el dret havia reconegut les diferents comunitats polítiques com a subjectes i, per tant, reconeixia la seva tradició i el seu dret. Des de l'Estat constitucional, aquests subjectes col·lectius desapareixen i no serà fins a la segona meitat del segle XX quan aconseguixin algun tímid reconeixement en aquest sentit.

El mateix s'esdevé a Europa i a Amèrica amb els drets propis de cada ciutat i territori, amb les seves institucions i els seus costums. L'Estat-nació, com ja hem vist, prova d'uniformitzar, la llengua és el cas patent que ja hem analitzat. En aquest esforç d'igualació i uniformització, l'Estat per antonomàsia és França. La majoria dels països europeus eren una pluralitat de comunitats polítiques associades que, sota l'absolutisme, és veritat, havien anat diluint gradualment les seves fronteres. Amb tot, no serà fins a l'aparició de l'Estat constitucional

que aquestes comunitats siguin suprimides amb més o menys èxit depenent de cada Estat. El cas espanyol és, al contrari, paradigmàtic com a fracàs d'aquest esforç. Les llengües i els drets de les diferents comunitats polítiques que llavors pertanyien a la Corona no només es van conservar, sinó que fins i tot, en alguns casos, gaudeixen avui d'una gran vigència i preferència davant del dret estatal. Aquesta pluralitat territorial no va conservar, però, el dret de les ciutats o dels diferents col·lectius en cada comunitat política. Tampoc no van mantenir, aquestes comunitats, fronteres d'ordre econòmic ni privilegis. En altres països d'Europa i l'Amèrica Llatina, en canvi, es va unificar i uniformitzar de tal manera que del dret i de les llengües amb prou feines en queda memòria.

El dret d'aquesta època prefereix allò individual i en canvi no li agrada allò col·lectiu, això és així no només en l'àmbit de la representació política, en el qual s'avançarà ràpidament cap a la democràcia representativa, que reconeix com a únic col·lectiu la nació i, dins d'ella, les seves divisions purament territorials i administratives. La representació de les corporacions, pròpia del temps anterior, decau ràpidament en tots els països de tradició romanogermànica i a tot Occident, en general. L'Estat liberal també va optar per un sistema de propietat, al qual ja ens hem referit, que afavoreix la propietat individual i evita les traves d'un domini difús entre moltes persones o les limitacions al dret de domini que impedeixen el moviment dels béns.

4.4. Tensió entre tradició i projecte

Ja hem dit al principi d'aquest mòdul que el pensament jurídic marca una diferència en concebre el dret de la modernitat il·lustrada com a especulació racional i com a voluntat. Aquestes dues concepcions, ambdues modernes i il·lustrades, marquen bona part de les discussions dels juristes dels segles XIX i XX, entre aquells que es defineixen jusnaturalistes i aquells que s'identifiquen com a positivistes. En qualsevol cas, ambdues concepcions inauguren, com també ja hem advertit, una tensió respecte a la idea del dret com a tradició.

Quan diem *tradició* no ho fem diferenciant-la o separant-la d'una concepció racional del dret. El que provem de fer palès és que hi ha una manera d'entendre-la, predominant fins al segle XIX, que incorpora la tradició dins de l'equació de la raó i en particular de la raó jurídica. Per entendre-ho millor és important saber que, quan es concep el dret com a tradició, el que es fa és considerar-lo com un bé cultural inherent a una societat determinada. Això significa que en el dret hi ha reflectides les característiques fonamentals d'aquesta comunitat i que el dret, aquest dret en particular, no és un element accidental, sinó un element constitutiu de la identitat d'aquest conglomerat.

El dret, en aquesta concepció, és com altres béns culturals d'una entitat similar, com la llengua, la música, la gastronomia, la retòrica i tants altres que permeten definir una determinada manera de ser, una constitució, en definitiva. Per això, quan apareix una nova concepció il·lustrada que entén el dret com un projecte que es construeix *in mente* i que s'imposa a la realitat, independent-

ment de quina sigui, es produeix una tensió evident. L'Estat-nació construeix un dret que constitueix aquesta nació i en bona mesura implica abandonar la tradició de cadascuna de les parts que constituïran aquesta nació. Aquest és el postulat que, com veurem, s'enfronta a resistències importants que venen precisament de l'altra manera d'entendre el dret, és a dir, com a tradició.

En un extrem hi ha la codificació francesa, ràpida, eficaç, el camí de la qual cap a la unificació d'una sola nació francesa havia estat aplanat per alguns segles d'absolutisme fort i centralista. Quan Napoleó promulga el seu codi el 1804, tal com ja hem estudiat, es produeix una ona expansiva que generarà aquesta tensió a la qual ens referim. En cap altre país europeu una unificació jurídica d'aquesta natura podia tenir l'èxit que va tenir al país gal. A Amèrica, per la seva banda, el fenomen no presenta problemes, es promulguen codis ràpidament i els estats celebren la seva consecució. Per què aquesta diferència. A Amèrica la codificació es va desenvolupar en les noves repúbliques que, moltes d'elles, ja eren una comunitat política amb certa autonomia, amb una classe dirigent completament assimilada als nous paràmetres burgesos i sense una gran pluralitat de focus territorials de poder o pluralitat política. La dispersió dels països de les Índies Occidentals es va produir com si els regnes de la península Ibèrica haguessin fundat cadascun un Estat-nació. Dins d'aquests estats la pluralitat és menor i una eventual codificació és més senzilla. Malgrat això, a Europa el fenomen va anar a l'inrevés. Els estats nació no es van formar desintegrant els antics regnes, sinó agregant-los a un col·lectiu únic: les noves nacions europees. Així és com a Espanya ràpidament la codificació civil va aflluïr, una de les raons principals és que des dels diferents territoris del nou Estat es prova de preservar el seu dret propi, el tradicional. Sigui per un interès teòric o ideològic inspirat en una concepció determinada del dret o bé per interessos econòmics de classe, molts dels diputats dels territoris que ostentaven un dret propi van defensar-ne la conservació. Com ja hem vist, aquest tràmit va retardar la promulgació del Codi Civil fins al 1889. I quan el codi finalment va sortir a la llum, va deixar subsistents els drets propis que, avui, tenen prioritat davant del Codi Civil.

A Alemanya, com vam veure, el fenomen també es va alentir i el Codi Civil alemany (BGB) no va veure la llum fins al 1900. Darrere d'aquest retard, en el cas d'aquests i altres països de tradició romanogermànica, hi ha la tensió a la qual hem fet referència i que constata la clàssica discussió de dos importants juristes alemanys de principis del segle XIX. D'una banda, Anton Friederich Thibaut (1772-1840) defensa una codificació a la francesa, tot prenent de model el Codi de Napoleó i l'austríac de 1811. L'objectiu és polític, Thibaut considera que el Codi ha de ser l'esquelet d'una unificació alemanya. Recordem que, en aquell moment, la unificació és un projecte polític que avança lentament i que no s'acabarà de materialitzar fins ben entrada la segona meitat del segle XIX. En el pensament del jurista, la nació es construeix amb el dret, un

que no reconeix cap altre col·lectiu que no sigui la mateixa nació ni un altre subjecte que no sigui el ciutadà. En definitiva, el dret és un projecte de societat civil que s'instaura, s'imposa a la realitat.

A les seves idees s'hi oposa Friederich Carl von Savigny (1779-1861), un altre eminent jurista de l'època. Per a Savigny, el temps de codificar no ha d'entrar en contradicció amb el dret que constitueix els pobles que formaran Alemanya, ni amb la supervivència de la ciència jurídica i la jurisprudència que el cultiva. En la seva opinió, el legislador no ha d'elaborar un codi general que, en interès de la racionalitat, s'imposi sense considerar la tradició o la ciència jurídica del país. Cal, en la seva visió, assolir els objectius polítics d'unificació, però a través de mecanismes alternatius com ara lleis que regulin determinades matèries o sectors. En la promulgació d'aquestes lleis el legislador ha d'estar subjecte al que li indiqui la jurisprudència (entesa com a ciència jurídica), ja que només ella és capaç de desxifrar l'esperit del poble que ha de governar el dret de l'Estat. Hi ha en aquesta posició una doble defensa: una defensa gremial, del jurista que veu com se'l suprimeix com a font del dret i, també, de la concepció del dret com a tradició i no com a especulació racional abstracta; per a ell, canviar un dret per un altre és com pretendre canviar la llengua d'un poble per una altra de diferent.

El pensament de Savigny dona origen a un corrent, l'escola històrica del dret, que, sense negar la necessitat de reformes polítiques urgents i la importància de la unificació i de la implementació d'un model burgès, canvia el rumb al procés codificador alemany. La seva influència va significar, per als estudiosos de la ciència jurídica, mantenir un control de la definició del dret i retardar la codificació fins a l'any 1900. Tot seguint els seus plantejaments primaris podem veure com, sens dubte, la implementació d'un codi civil que és el resultat d'una especulació racional resulta, d'alguna manera, encara que sigui ínfima, una expropiació cultural.

El dret deixa de ser concebut com un element definidor i constitutiu d'una comunitat política per convertir-se'n en un de constituent. En constituir-la, el dret no té cap necessitat de respectar o assumir el dret anterior, atès que el nou no depèn de la tradició, ni tampoc l'existència mateixa de la comunitat, perquè és el dret (el nou) el que la crea.

En el cas de les societats europees, tan similars entre si, l'efecte d'expropiació existeix, però és menor comparat amb el que es produeix en països amb un factor multicultural més fort. Aquest és el cas dels països de l'Amèrica Llatina. Allà, el dret de l'Antic Règim havia respectat la pluralitat, era aquesta la seva pròpia naturalesa; a Europa i al Nou Món la realitat del poder era plural i la del dret també. L'ordenament jurídic d'una comunitat indígena era respectat, llevat que s'oposés a la religió o a la moral, i els seus membres s'hi regien. La codificació i el projecte liberal, com ja hem vist, acaben amb aquesta pluralitat,

s'imposa la codificació i l'efecte d'expropiació és significativament més gran que en altres latituds. L'Amèrica Llatina forma part d'Europa en el dret, és cert, però a un elevat cost que el projecte liberal va voler imposar i que l'Estat constitucional va executar.

4.5. Mercat, treball i qüestió social

Des de l'edat mitjana i fins a finals del segle XVIII, el mercat és gestionat per corporacions que exerceixen el comerç i pel poder públic. De fet, els comerciants, com ja hem assenyalat, s'agrupen en gremis que regulen l'activitat (qui i com pot ser comerciant) i tenen els seus propis tribunals que no pertanyen a la Corona (sinó que exerceixen la seva tasca de manera independent), també tenen un dret propi que s'aplica només a aquells que exerceixen l'activitat mercantil. D'altra banda, els poders públics de la ciutat i els monarques també exerceixen controls i dicten normes relatives a aquesta activitat i a les persones dels comerciants, concedeixen privilegis, permisos, prerrogatives. Això significa que el comerç no és lliure, al contrari, està farcit de limitacions per a aquell que desitgi participar en certes activitats, i els monopolis en l'explotació o la comercialització de determinats béns són abundants. Per al pensament liberal aquesta situació és antipàtica. Els monopolis i el que avui anomenaríem barreres d'entrada d'ordre jurídic i polític són moltes. Estan relacionades, lògicament, amb l'estructura corporativa de la societat; la seva desaparició és una de les aspiracions de la burgesia no afavorida per aquell model social. En la teoria liberal no han d'existir ni monopolis ni barreres per al lliure comerç, tampoc limitacions per exercir l'activitat comercial, com pot ser la de pertànyer a un gremi determinat.

Ja hem parlat de la importància que té per al projecte burgès eliminar les traves al moviment dels béns tot evitant les limitacions al domini, el mateix es pot dir del comerç. Per això els flamants estats nació eliminen, per exemple, els tributs duaners interns. Com que les monarquies anteriors eren un conglomerat de regnes i comunitats polítiques relativament autònomes, era normal que es paguessin tributs en fer circular béns d'una ciutat a una altra o d'un regne a un altre; ja sota el signe de les monarquies absolutes, aquestes traves comencen a ser eliminades a poc a poc, en la mesura que aquestes monarquies consolidaven un poder capaç de doblegar el d'aquestes comunitats. No obstant això, és l'Estat constitucional el que, tot consolidant el poder acumulat per l'Estat, com ja hem assenyalat abans, elimina aquestes traves i finalitza aquest procés. El mateix passa amb l'exercici de l'activitat mercantil i la seva regulació: l'Estat constitucional es converteix en l'únic regulador d'aquesta activitat i també en el titular dels tribunals que jutgen els casos relacionats amb ella. Aquesta apropiació forma part del procés que hem anat descrivint en aquest text, i que ens mostra com l'Estat constitucional sublima l'absolutisme pel que fa a l'acumulació i la centralització de poder públic.

Una de les eines utilitzades per a aquests fins van ser els codis de comerç o mercantils. La tendència va ser que aquests cossos normatius reguessin l'activitat comercial, els anomenats actes de comerç, sense tenir en compte qui els exerceix o realitza. La regulació anterior, en canvi, se centra en la persona del comerciant i la seva vinculació amb el gremi que regula l'activitat comercial.

Finalment, aquests canvis impliquen la creació d'un nou mercat, amb noves regles. Un mercat capitalista en què l'Estat ha d'assumir, segons la teoria liberal, el paper passiu d'un guardià. Els particulars han de ser lliures per desenvolupar activitats econòmiques mentre respectin les regles del joc i tots ells s'han de tractar com a iguals, siguin empresaris, treballadors o rendistes; entre ells, l'Estat només pot exercir d'àrbitre.

D'altra banda, el sorgiment del capitalisme industrial va generar una revolució, també, en l'espectre del treball. Durant l'edat mitjana el treball no és, per norma general, una mercaderia. Això significa que els béns s'obtenen normalment aplicant sobre un determinat bé un treball que permet obtenir fruits. Un camperol llaura un terreny per obtenir fruits que després consumeix o intercanvia segons les seves necessitats. Un artesà aplica la seva força de treball sobre matèries que transforma per després comercialitzar-les. Aquesta és la tònica de les societats precapitalistes. El capitalisme mercantil sorgeix a la Mediterrània al segle XVI, sobretot, i ja provoca una transformació; no obstant això, el gran canvi es produeix amb l'expansió del capitalisme industrial. En aquesta nova lògica el treball es converteix, com diem, en una mercaderia, cosa que vol dir que les persones posen la seva força de treball en el mercat perquè algú altre la compri; els fruits d'aquest treball no pertanyen al treballador, sinó a qui ha comprat la força de treball. Qui compra la força de treball és normalment propietari del capital sobre el qual aquesta força de treball s'aplica per obtenir béns que després poden ser comercialitzats. Això és, en resum, l'origen de l'estructura contemporània de les societats capitalistes.

El problema que sorgeix aviat és que l'Estat, davant d'aquesta activitat, roman passiu. Com hem vist abans, el principi d'igualtat formal imposa una abstenició a l'Estat, la de tractar els particulars com a iguals; no pot distingir entre els uns i els altres, ni aplicar un règim jurídic a cadascun d'acord amb el col·lectiu al qual pertany. D'aquesta manera, l'activitat dels treballadors és assimilada a l'antiga figura de l'arrendament de serveis. Aquest arrendament de servei és un contracte civil comú les clàusules essencials del qual són la definició d'una determinada activitat a realitzar i una remuneració, tot el que fa referència a aquests dos elements essencials pot ser establert per les parts amb total llibertat, ja que són dos subjectes privats que la llei considera iguals independentment de les seves circumstàncies. Recordem que un dels principis fonamentals del projecte liberal que està present en tota la codificació és l'autonomia de la voluntat.

Aquesta nova concepció del treball i del mercat va generar una profunda mutació en les relacions de producció. Les relacions de dependència i fidelitat que havien estat les pròpies del camp es van transformar i es va generar una massa de camperols assalariats pobres. Molts d'ells van migrar a les ciutats darrere de les oportunitats que la industrialització, per més escassa o poc avançada que fos, oferia.

L'excés d'oferta de mà d'obra va generar al seu torn condicions de treball infrahumanes: jornades de treball llarguíssimes, sense dret a descans, sense assegurança d'accidents (molt freqüents en una indústria incipient), treball infantil, etc. A més, el treballador només rep remuneració en la mesura que realitza la seva tasca; això suposa que no gaudeix de vacances remunerades tal com passa avui en la majoria dels casos quan hi ha un contracte de treball; tampoc en cas de no poder treballar a causa de malaltia o altres impediments, perquè no existeix seguretat social que asseguri rebre determinats ingressos en aquests casos, ni tampoc una jubilació.

El projecte liberal havia creat un Estat constitucional, havia convertit la llei en la gran font, si no l'única, del dret i, a través d'ella, havia monopolitzat la creació del dret.

Tot aquest edifici extraordinari havia estat construït a mida de la burgesia, tot descartant qualsevol organització intermèdia entre l'Estat i l'individu, negant l'existència als col·lectius que abans de l'Estat constitucional liberal construïen una societat composta, plural.

En canvi, proposava una visió formalista del dret, tot privant-lo del contacte amb la realitat: el dret entès a la manera de les ciències naturals del liberalisme il·lustrat no podia respondre aquestes aspiracions. La política, llavors un joc entre aquestes classes burgeses, havia ignorat també durant massa temps les conseqüències d'aquestes demandes, el desemparament d'aquells que abans trobaven refugi en aquests cossos intermedis.

La situació descrita genera un gran descontentament social i una tensió creixent entre empresaris, treballadors, agrupacions socials incipients i l'Estat. A aquesta suma de problemes que arrencaven d'aquesta visió liberal i formalista del dret se la va anomenar **qüestió social**, i es va produir en la majoria dels països occidentals en la segona meitat del segle XIX i principis del XX. En els països americans s'afegeix a aquest problema la qüestió indígena. L'estat de les coses es va traduir en revoltes, protestes i fins i tot massacres en el marc de l'enfrontament de les diferents forces socials. El dret de l'Estat liberal, (deliberadament) cec davant la realitat com hem descrit, no estava en condicions de

respondre el desafiament que tenia al davant. Serà el moment que l'Estat es faci càrrec de situacions que operen a la pràctica, i que la consideració reduccionista i forçada de la igualtat formal no resol, sinó que agreuja.

La necessitat d'aquestes correccions és evidenciada per agrupacions socials, religioses i també de juristes que denunciïn precisament aquesta ceguesa del dret tan còmoda per a les classes burgeses. Per exemple, Rudolf von Ihering (1818-1892) critica el formalisme del pandectisme alemany, l'acusa d'estar preocupat per les figures jurídiques i no pels interessos que naturalment són presents en una situació jurídica que els juristes formalitzen i fan abstracta. També Karl Marx serà crític amb les figures que ha creat el dret per a la comprensió i la regulació d'allò privat. El seu plantejament suposa l'entrada de l'Estat en la creació mateixa d'aquestes relacions i la supressió d'una gran quantitat d'institucions del dret privat que són, des de la teoria marxista, funcionals als interessos de la burgesia. Es projecta així una nova família jurídica, la socialista, que es materialitzarà en grans estats com l'URSS o la Xina. Aquesta família, com veurem, és molt important per a la formació d'Europa i les característiques que adopten els sistemes jurídics europeus al segle XX. El nacionalisme també és una resposta, emocional i romàntica, a l'individualisme i al formalisme liberal a través de l'exaltació de la història i del que és col·lectiu. Aquestes forces que, en general, englobem sota el segell d'antiformalistes comencen a assentar les bases d'una sèrie de fenòmens socials que es desenvoluparan durant la primera meitat del segle XX, i determinaran la forma del dret de la segona meitat i el que portem del nostre segle.

5. La crisi de l'Estat de la Il·lustració liberal i la transformació del dret

A mesura que creix, l'Estat es transforma. L'Estat que havia monopolitzat el dret i el poder polític, que va abolir el dret universal que representava el *ius commune* –i el local i particular que representaven els nombrosos drets propis–, canvia la seva configuració. Després de les guerres comencen a crear-se les institucions polítiques supraestatal; la primera va ser la Societat de Nacions, creada el 1919 després de la Primera Guerra Mundial i que serveix d'antecedent de l'actual ONU, creada el 1945, després de la Segona. També comencen a desenvolupar-se altres projectes, entre ells l'embrió del que serà l'actual Unió Europea –de la qual parlarem breument més endavant. Això suposarà que, al principi molt tímidament, a l'Estat se'l podi per la copa, com als arbres l'alçada dels quals es vol limitar. Potser les mateixes guerres van ser l'expressió del zenit de l'Estat: protagonitzada per governs forts, molts d'ells dictatorials, amb un caràcter gairebé autocràtic i el dret nacional com a baluard, la Segona Guerra Mundial va ser potser la màxima expressió del poder estatal i a la vegada el començament del seu declivi. Un declivi llarg del qual encara som testimonis i en què tindran molt de pes els problemes del projecte de la Il·lustració liberal que ja hem esmentat. Analitzarem diversos fenòmens que caracteritzen la història del dret recent i que segueixen, alguns més que d'altres, vigents encara avui:

- Les guerres.
- La solidaritat jurídica i la socialització del dret.
- L'estat del benestar.
- El neopluralisme jurídic.
- La constitucionalització del dret.
- La reconstrucció del projecte europeu.

5.1. Les guerres: el malson, el somni i novament el malson d'Europa

Els europeus van anar cantant a la guerra, milers i milers de joves amants de la pàtria, enfundats en flamants uniformes, acomiadats per les seves mares inflades d'orgull. Els horrors de la guerra no estaven en l'imaginari d'aquells tendres soldats. Això és el que Stefan Zweig, testimoni privilegiat dels esdeveniments, testimoni de la desintegració d'una Europa que teixia i teixia xarxes intel·lectuals, científiques i polítiques que, de cop, sense que ningú ho veiés com a quelcom imminent, es van truncar a causa de la guerra. Una guerra que va mutilar aquesta Europa que s'havia estès per tot el món, que sentia que representa el triomf de la raó, del progrés i de la ciència. Mutilats van quedar molts dels joves que van marxar en trens cap al front, mutilada l'esperança de tota una generació, mortes desenes de milions de persones entre combatents i civils. Després d'aquesta guerra es van començar a establir controls en els mo-

viments de població; el viatge, des de llavors, requereix permisos, visats, passaports i documentació. És d'alguna manera l'avantsala dels problemes migratoris que veiem avui. L'Estat-nació, aquesta creació del liberalisme vuitcentista va acabar també inoculant el més gran dels terrors d'Europa: el nacionalisme. Un problema que només començava a la Primera Guerra Mundial, però que faria eclosió en la Segona.

Al final de la Primera Guerra, Europa vol començar de nou. El curs de les reformes socials que s'havien produït durant la segona meitat del segle XIX i principis del XX a propòsit el tema social s'accelera. Després de la guerra, cal donar una sortida a aquestes aspiracions. Llavors, Europa emprèn una sèrie de reformes destinades a corregir alguns dels problemes del liberalisme vuitcentista que hem descrit. Aquest impuls es pot resumir en tres aspectes fonamentals que estaran presents, amb més o menys intensitat, en la política i fins i tot en els textos constitucionals del període d'entreguerres.

En primer lloc, es busca aprofundir en la democratització tot incrementant el caràcter parlamentari i, en molts casos també republicà, de les democràcies europees; sobretot atès que, des de les primeres constitucions modernes, en general restrictives pel que fa al dret de sufragi, s'havia estès àmpliament l'univers de subjectes habilitats per exercir aquest dret. Apareixen en conseqüència partits de masses que representen diferents sectors socials i les seves aspiracions.

En segon lloc, s'avança en el reconeixement de drets socials i polítics, no només amb tímides reformes legislatives, com abans, sinó amb el naixement, com hem vist, d'una sèrie d'institucions i principis que constitueixen el punt de partida del dret del treball i la seguretat social. Aquest reconeixement es planteja constitucionalment com a drets reconeguts en la carta magna en els anomenats drets fonamentals de segona generació (la primera és la dels drets civils i polítics del primer constitucionalisme liberal): salut, treball, descans, habitatge, educació, seguretat social comencen a ser concebuts com a qüestions que són competència de l'Estat i davant les quals ha de tenir un paper més o menys actiu. Pel que fa als drets polítics, el dret d'associació (especialment pel que fa a associacions sindicals, dret de sindicació), per exemple, s'eleva al pla constitucional. Es tracta, en definitiva, de la consolidació del fenomen de la socialització del dret que tractarem més endavant i que s'estén molt més enllà dels drets laborals.

En tercer lloc, la salvaguarda d'aquests drets requereix eines efectives. Inscriure en el text constitucional aquests nous drets no té gaire repercussió si la constitució no obliga d'una manera més efectiva el legislador i l'Administració de l'Estat en general. És precisament en el període d'entreguerres que Hans Kelsen marca una fita en la història del dret contemporani en plantejar el sistema jurídic com una piràmide de les jerarquies normatives que es determinen les

unes a les altres des de la més alta a la més baixa. A la part superior hi ha la constitució i això significa que cap llei no pot contradir el seu sentit, ni un reglament o una sentència el de qualsevol dels estrats superiors.

Aquesta concepció restaura el vigor a les constitucions que, de simples declaracions de bones intencions, esdevenen instruments útils. Perquè això passi caldrà la implementació d'almenys dues eines: el recurs i el control constitucional.

El recurs suposa que els particulars puguin acudir als tribunals quan siguin vulnerades les garanties protegides per la constitució; el recurs d'empara és l'exemple per antonomàsia d'aquesta eina. La segona és el control constitucional, és a dir, que les lleis puguin ser jutjades a la llum de la constitució per tal d'establir si s'hi ajusten o no. Normalment, aquest control recau sobre un tribunal específicament destinat a aquesta finalitat.

Aquestes reformes neixen en el període d'entreguerres. **El referent d'aquests canvis que, en un grau més o menys elevat, operen des d'Espanya –en ple auge de la Segona República– fins a l'Europa de l'est és la República de Weimar.** Així és com es coneix l'Alemanya del període d'entreguerres per la famosa Constitució de Weimar de 1919, que es fa ressò de les reivindicacions que hem esmentat. Weimar és un símbol, el mite d'un moviment que ens mostra el que Europa volia ser després de la barbàrie, després de la guerra. Un somni que no va resistir els atacs econòmics, els interessos de les elits i el nacionalisme. Com observa el mateix Zweig, sota la superfície de creativitat, entusiasme i esperit reformista del món polític i intel·lectual, hi havia una immensa marea de descontentament, de problemes socials no resolts, de poderoses pressions econòmiques. El 1933, quan Hitler consolida el seu poder, Europa ja és un vesper. El record de la guerra, ara fresc, no va impedir l'obstinació humana en la barbàrie. La civilització, s'ha dit moltes vegades, sempre penja d'un fil, aquell fil es va tallar per segona vegada en poc temps i Europa es va sumir en el malson de la Segona Guerra Mundial.

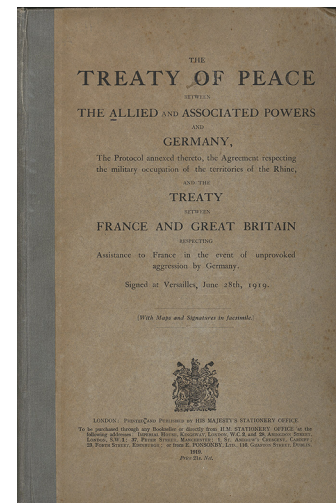
Aquest conflicte bèl·lic va suposar, en primer lloc, que aquestes reformes que es van pensar i implementar precàriament en el període d'entreguerres, en aquell en què Europa, com hem dit, volia somiar-se millor, van quedar incompletes. En el millor dels temps, algunes reformes de caràcter corporativista van ser adoptades pels règims nacionalistes, la majoria quedaran suspeses a l'espera de temps millors. En segon lloc, va suposar un canvi fonamental en la història europea: la fi de l'hegemonia. Finalment, també va significar el compromís de molts països amb la lluita per la pau.

Efectivament, en finalitzar la guerra, el setembre de 1945, després de sis anys de lluita i massacre, el món havia canviat. El 1494, a Tordesillas, es va signar el conegut tractat homònim entre els reis de Castella i Portugal. Va ser un acord que dividia el món en dos. I quan diem món ens referim al globus complet. Des d'aquesta època, la història europea té a veure amb tot el planeta i dues potències europees són, precisament, les que en aquell tractat es divideixen el domini del món. En aquell document, com s'ha vist en un altre mòdul, els reis de Castella i Portugal acorden una línia divisòria, projectada de pol a pol, a 370 llegües a l'oest de les illes de Cap Verd. Aquesta línia permet a cadascú ampliar els seus dominis en un hemisferi diferent. A aquesta expansió ultramarina es van sumant aviat altres potències europees fins a configurar el mapa colonial de principis del segle xx. Però el 1945, just abans del final de la guerra, dues potències extraeuropees, els Estats Units d'Amèrica i la Unió de Repúbliques Socialistes Soviètiques, es reparteixen el món; començava la Guerra Freda. Europa, partida en dos i debilitada després de dues guerres ja no serà el referent mundial, com fins llavors. Els europeus s'havien estès per tot el món i l'havien ordenat sempre des d'aquell llunyà 1494. Durant gairebé cinc-cents anys el predomini mundial europeu era un fet indiscutible, després d'un veritable suïcidi polític i econòmic, aquest predomini va finir. Dues noves forces, fundades sobre dos models econòmics i ideològics oposats organitzaven els destins del món. Europa quedava enmig, i aquesta situació va portar a una reconstrucció europea i a l'aparició d'una organització estatal única: l'estat del benestar. Tornarem a aquest punt.

El primer intent d'una agrupació de nacions destinada a evitar els conflictes bèl·lics va venir després de la Primera Guerra Mundial. La Societat de Nacions va ser fundada el 1919 en el Tractat de Versalles. Així com aquest tractat contenia ja el germen de la Segona Guerra Mundial, la Societat de Nacions també es veurà afectada per una naturalesa excoient respecte als vençuts. La crisi econòmica del 1929 i els moviments populistes i nacionalistes de la dècada del 1930 van acabar amb les seves possibilitats d'evitar la guerra. Després de la Segona Guerra, alguns dels errors de la Societat de Nacions es van superar en constituir l'Organització de les Nacions Unides. L'ONU es va formar entre 1944 i 1946, aquell últim any ja comptava amb la signatura de de 51 Estats membres i dos anys després va promoure la Declaració Universal dels Drets Humans. El seu tarannà expansiu i integrador li ha valgut una progressiva consolidació com a instrument de la pau, no sense crítiques, evidentment. Més enllà d'això, no es pot negar que l'ONU serveix d'expressió institucional als esforços pel manteniment de la pau des de la seva fundació i avui, també, a la recerca d'un desenvolupament sostenible.

Fi del predomini d'Europa al món

Des dels grans descobriments de finals del segle xv fins a la Segona Guerra Mundial, l'hegemonia d'Europa a tot el globus era indiscutible. El conflicte bèl·lic va posar fi a aquesta posició i va inaugurar un nou escenari en què Europa quedava enmig d'un nou conflicte, la Guerra Freda.



Tractat de Versalles

Font: [https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_\(1919\)#/media/Archivo:Treaty_of_Versailles,_English_version.jpg](https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_(1919)#/media/Archivo:Treaty_of_Versailles,_English_version.jpg)

5.2. El socialisme jurídic o la socialització del dret

Es fa palès que, a finals del segle XIX i principis del XX, el projecte liberal requereix serioses correccions. Un dret que tracta igual pobres i rics, empresaris i treballadors, indígenes i ciutadans ordinaris, etc., no només no respon els desafiaments que sorgeixen, sinó que a més agreuja els problemes.

Llavors es fa evident que el dret ha de reconèixer diferències, les persones no poden ser vistes totes igual, que és el mateix que no veure-les, el dret no pot ser cec.

Com es pot fer compatible el principi d'igualtat amb les diferències necessàries que la societat d'aleshores exigeix de tenir en compte al dret? La resposta rau en el fet d'entendre que les persones són iguals, però que es desenvolupen en diferents contextos que fan necessària la protecció i la regulació per part de l'Estat.

El dret pot entrar a ordenar relacions entre particulars i inclinar-se a favor d'aquell que es troba en situació de vulnerabilitat. Així, l'empresari i el treballador són iguals, però és evident que aquest últim no està en les mateixes condicions que l'empresari per negociar els termes de la seva relació, almenys no en una societat com la de finals del segle XIX, en la qual existeix una gran oferta de mà d'obra.

5.2.1. El dret del treball

És així com, a partir dels moviments socials de finals del segle XIX i principis del XX, neix el dret del treball o dret laboral. És sota el principi del socialisme jurídic precisament que aquest nou dret o nova dinàmica del dret es justifica. La gran expressió d'aquest fenomen és el contracte de treball. Com hem dit, fins aleshores el contracte de treball és un contracte civil corrent en què les parts negocien lliurement les condicions i l'Estat no pot intervenir-hi legítimament. El contracte de treball, en canvi, és un contracte dirigit per l'Estat que ha intervingut en la relació tot restant llibertat a les parts per protegir-ne una. D'aquesta manera s'estableixen condicions, drets i regulacions que són irrenunciables per part del treballador. Es busca amb això evitar que, per la necessitat que imposen les seves circumstàncies, l'empleat es vegi privat de prestacions bàsiques o drets mínims. Amb el temps, aquest conjunt de drets suposarà el desenvolupament de tota una disciplina. En els contractes de treball s'establirà un màxim d'hores de jornada laboral, una edat mínima per al treball, dret a descansar, dret a mesures de seguretat davant de situacions de perill, períodes de vacances remunerats, la indemnització per acomiadament improcedent, un salari mínim, etc. Aquests drets descrits aquí són el resultat d'un avenç lent que es va allargar durant tot el segle XX, no es produeixen rà-

pidament, al contrari, la majoria són el resultat de llargues lluites socials protagonitzades per col·lectius que també tenen el seu origen en aquesta nova visió del dret.

Ens referim als sindicats. Al projecte liberal, ja ho hem dit, no li agraden els col·lectius, és individualista. Una formació com els sindicats recorda els gremis del dret anterior, que van ser abolits perquè generaven privilegis, monopolis i diferències indesitjables. Per això no estan autoritzats durant la primera meitat del segle XIX. Durant la segona, en pocs països s'autoritzen, però a poc a poc comencen a ser una realitat tolerada, encara que combatuda en la majoria dels països occidentals.

L'activitat dels sindicats és fonamental per entendre el desenvolupament del dret del treball durant el segle XX. Aquests organismes aconseguen implementar la negociació col·lectiva per la qual els treballadors d'una empresa o sector de l'economia aconseguen establir drets mínims per a tots els treballadors. Són també els protagonistes dels moviments socials que permeten, per exemple, el dret a la vaga o el salari mínim.

A través d'aquests mecanismes de negociació i a causa de la creixent pressió que suposava l'estat d'explotació de grans quantitats de persones va néixer, també, a finals del segle XIX i principis del XX, la seguretat social. La **seguretat social** respon a un problema cada vegada més freqüent i que provoca un gran perjudici social. Fins aleshores hi ha diversos fets que són, per dir-ho d'una manera expressiva, problema de qui els pateix i el seu entorn familiar. Un accident, una malaltia o la vellesa són fets que posen en situació de vulnerabilitat la persona que les pateix i qui l'ha de cuidar. Fins en aquell moment, en l'Estat liberal del segle XIX no hi ha resposta a aquests problemes que no sigui la caritat privada; qui no pugui treballar no rep cap mena de compensació i, qui no tingui els mitjans per sobreviure sense treballar, no pot deixar mai de fer-ho, sense importar l'edat que tingui. Els moviments socials generaran una sèrie d'institucions destinades a pal·liar els efectes d'aquests problemes. És així com es fundaran mutualitats per ajudar els treballadors que pateixin accidents laborals i també d'altres de destinades a la manutenció de les persones que, per la seva edat, ja no poden treballar. Aquests problemes, que en altres èpoques van ser solucionats per gremis, col·lectius i institucions benèfiques, havien quedat desatesos o deixats a les mans de la iniciativa de filantrops en el primer Estat liberal.

Sindicats i activitat sindical

Només a finals del segle XIX i principis del XX els sindicats aconseguen un ampli reconeixement, i a poc a poc l'activitat dels seus representants i afiliats serà protegida.

Durant el segle XX, aquests tímids avenços forgen els drets socials i aquestes prestacions, primer a les mans de col·lectius de treballadors, es van convertint en prestacions públiques en mans de l'Estat.

Això dona lloc a un dels èxits més importants de l'Europa contemporània: l'estat del benestar. No obstant això, com ja vam veure, abans de la seva aparició hi va haver un ajustament en els pols del poder mundial marcat per les dues grans guerres europees; això és crucial per entendre el desenvolupament de l'estat del benestar europeu.

5.3. L'estat del benestar i el miracle europeu

El 1917, un any abans del final de la Gran Guerra, el tsar Nicolau II va ser obligat a abdicar, un any més tard ell i la seva família serien executats tot finint així la Rússia dels tsars, que arrelava fonament en la llarga tradició imperial bizantina (almenys aquesta era la seva versió); s'inaugura un nou escenari polític d'un caràcter completament diferent. Aviat, després d'una guerra interna, s'erigiria la Unió de Repúbliques Socialistes Soviètiques sota un govern de signe comunista. A l'altre costat del Pacífic, des de feia temps, els Estats Units d'Amèrica adquirien una influència creixent i un poder econòmic fundats, això sí, sobre un model econòmic capitalista, teòricament a les antípodes del comunisme soviètic. El suïcidi europeu de la Segona Guerra Mundial, com ja hem assenyalat, inaugura un nou escenari bipolar en el qual l'URSS i els EUA es reparteixen el món. La situació europea, enmig dels dos blocs, obliga a una solució intermèdia. En principi, l'Europa atlàntica és fidel a les polítiques dels aliats i socis dels EUA; no obstant això, els europeus han vist caure el tsar i aixecar-se els bolxevics, tot generant una revolució basada en les exigències socials de col·lectius obrers i camperols. Un capitalisme a l'americana és impensable davant l'amenaça del comunisme, que també arrela entre els obrers europeus. Cal un projecte alternatiu, eclèctic si es vol. Un projecte que vindrà de la mà de la socialdemocràcia i que aprofundirà en el fenomen que hem descrit com a socialització del dret.

Sense entrar en l'origen i el desenvolupament de les idees que hi ha al darrere de l'estat del benestar, podem resumir els seus postulats de la manera següent: la pobresa, la malaltia, la marginalitat, la mort i altres desventures comunes en la vida de persones, són accidents. Això significa que qualsevol es pot veure afectat per ells; no depenen, en definitiva, de la voluntat dels subjectes, ni de la seva diligència. Essent aquest el principi, l'Estat, com a organització social col·lectiva, ha d'assumir l'assistència a les persones en relació amb aquestes qüestions. A partir d'aquest deure d'assistència es deriven drets socials que després es desenvolupen més o menys a la pràctica: dret a obtenir prestacions sanitàries suficients en cas de malaltia, dret a l'educació fins i tot quan no es disposi de mitjans per pagar-la, dret a l'habitatge, dret a una jubilació, al descans, a pensió per invalidesa i viduïtat, etc. L'estat del benestar suposa accions positives de l'Estat per aconseguir aquests fins i així garantir un benestar col·lectiu que distribueixi, entre tots, el cost d'aquests accidents. Fins llavors, el més habitual era que desgràcies d'aquesta naturalesa fossin íntegrament assumides pels afectats, que només comptaven amb ajudes privades i d'organitzacions de beneficència, com l'Església o els col·lectius gremials.

L'estat del benestar i la geopolítica

L'aparició de l'estat del benestar no s'entén sense tenir en compte la posició geopolítica d'Europa. Entre dos sistemes polítics i econòmics com el comunisme i el capitalisme, Europa va trobar una via eclèctica en l'estat del benestar.

Es tracta, encara que l'uropeu mitjà sovint no ho percebi, d'un projecte excepcional. Són molt escassos els exemples d'estats en els quals el paper de la fortuna (riquesa, salut, ambient familiar, etc.) no fos pràcticament l'únic factor realment decisiu en el desenvolupament personal d'un individu. El model comunista proposava una distribució amb una intervenció molt més intensiva de l'Estat i amb pocs espais de llibertat per a la iniciativa privada. A la resta del món, després de la Primera Guerra Mundial, garanties com aquestes són inèdites. Obrir la porta a la socialització dels costos d'aquests accidents va reduir extraordinàriament la marginalitat i la pobresa, va assegurar un nivell de vida mitjà-alt a la majoria de la població i va obrir oportunitats que abans estaven reservades a les classes altes a grans sectors de la població. En qualsevol cas, el mèrit de l'estat del benestar entès de la manera que exposem no és tant quant dona o reparteix l'Estat, sinó sota quin principi: el de la solidaritat, és a dir, respondre com a conjunt social a les desgràcies, els accidents i la mala fortuna d'aquells que la conformen.

L'estat del benestar suposa, doncs, que l'Estat actui intensament en matèria econòmica, tot regulant sectors, negociant amb patronals i sindicats, emprenent activitats econòmiques a través d'empreses públiques, construint un xarxa sanitària que permeti l'accés a la sanitat pública, generant xarxes d'escoles i universitats que assegurin un dret a l'educació, implementant polítiques d'habitatge, en definitiva, procurant el desenvolupament del país essent un actor més de l'economia i no restringint la seva activitat a la pura regulació.

Desenvolupar tot aquest aparell estatal està destinat a redistribuir la riquesa i fer-ho suposa polítiques de recaptació progressives. Els tributs seran la principal via d'assoliment d'aquest objectiu, i els òrgans administratius i el dret que s'encarrega de la seva regulació s'expandiran enormement en aquests temps.

En el marc d'aquest estat del benestar també es reconeixeran gradualment els drets polítics i els drets de les minories. Aquest és un punt compartit no només a Europa, sinó a tota la geografia occidental, en la qual, sovint, l'estat del benestar es redueix al reconeixement de drets i a uns serveis estatals mínims. És el cas de molts països llatinoamericans i dels EUA. L'estat del benestar que hi neix, en bona mesura a causa de la llunyania del bloc soviètic, és un estat del benestar més «lleuger». Parlem de drets com el sufragi femení, la prohibició del treball infantil o el reconeixement de minories sexuals. Si el dret s'ha tret la bena en relació amb un col·lectiu, el dels treballadors, també pot ser treure-se-la respecte a altres que pateixen una desprotecció tan urgent i sagrant com aquell.

També ho pot fer davant un altre tipus de minories, com les **minories econòmiques**. Un bon exemple, especialment en l'economia de la postguerra, és el dels consumidors. Igual que els treballadors, els consumidors es troben en un peu de desigualtat respecte a l'altra part en els seus contractes. També des de final del segle XX es van anar desenvolupant mesures per defensar els consumidors d'aquells que fabriquen o venen productes. El cost de la reclamació o

simplement l'entitat de la companyia contra la qual es reclama posa el consumidor corrent en una situació de desequilibri que l'Estat ha intentat esmenar a través de la legislació.

El mateix s'esdevé a Amèrica amb les **minories indígenes**, encara que es tracti d'un fenomen molt més recent. A poc a poc, a la segona meitat del segle XX, van començar a ser reconegudes i estar dotades de certa autonomia dins dels estats, fins i tot permetent-los una jurisdicció, unes institucions i un dret propis. Un punt d'inflexió en aquest desenvolupament va ser el Conveni 169 de l'OIT de 1989, que va emparar els pobles tribals independents regits per les seves pròpies tradicions o legislació, i els pobles que es troben dins de països independents i que són considerats indígenes en tant que originaris del territori que ara ocupa un Estat i que conserven les seves tradicions, els seus costums i les seves institucions. Va ser el discurs sobre els drets fonamentals el que va permetre aquest desenvolupament. La gran pregunta que es va formular llavors, i que d'alguna manera encara és vigent, és si aquest mateix conglomerat de drets ha de ser respectat o no per aquests ordenaments propis dels pobles als quals s'ha reconegut jurisdicció, marge però dins de l'Estat. No respondrem aquí la pregunta, però el desenvolupament d'aquest fenomen, el d'un dret i una jurisdicció diferents als de l'Estat dins de l'Estat, ens introdueix el tema següent.

5.4. El pluralisme jurídic

El nou estat del benestar, ocupat en molts sectors de l'economia i els afers socials, trenca el contingut del marc jurídic liberal. Només en un Estat que teòricament es queda al marge d'aquestes vicissituds és concebible que el codi sigui una solució definitiva i completa i, tot i així, és bastant dubtós que això sigui factible. L'Estat del segle XX, en canvi, fa proliferar un nou pluralisme jurídic que, en el cas de països com Espanya, s'acompanya de normativa supraestatal i infraestatal.

Recapitulem

Ja hem estudiat la societat medieval i el caràcter plural del seu dret. Sabem que en aquesta societat no hi ha un únic productor del dret ni tampoc un sol ordenament jurídic. També sabem que aquesta ordenació és espontània, és a dir, la societat medieval no divideix el poder polític en moltes parts per fer-lo plural, sinó que el poder ja neix fragmentat com a resultat de la desaparició de les organitzacions polítiques més o menys extenses i efectives que es va produir a l'antiguitat tardana i als primers segles medievals. Aquesta comunitat no reconeix el poder total, una mena de Leviatan que sosté la sobirania; aquest concepte no existeix o és a penes un embrió al final de l'edat mitjana. En altres paraules, és una societat on no hi ha cap ens que monopolitzi el poder en l'àmbit de la cosa pública, i cal que els diferents àmbits d'autonomia

es reconeixin mútuament i puguin conviure i controlar, fins a un cert punt, l'espai que ocupen en aquesta comunitat. Aquest espai no és un lloc disposat des de dalt, sinó que s'ha guanyat en la vida política i que només existeix si és reconegut pels altres òrgans que conformen aquesta societat corporativa.

També sabem que els ordenaments que ens trobem en el món pre-il·lustrat provenen de la pràctica de les comunitats polítiques –una ciutat, un grup d'assentaments, un regne. També s'originen a partir de la pràctica de certs col·lectius (paradigmàticament el dels comerciants, però també de molts altres) que estableixen les regles pròpies de la seva activitat de manera autònoma o en concurs amb diverses autoritats. Finalment, aquests ordenaments també s'originen en el si d'un estatment que els dona sentit –la noblesa i el clergat, per exemple. Aquests drets no pretenen, com s'ha dit, regir la realitat en la seva totalitat, sinó fins allà on arriba l'autonomia d'aquestes localitats, territoris, gremis o col·lectius. Són, per tant, ordenaments fragmentats, parcials, que admeten la pluralitat i que, com no pot ser de cap altra manera en una societat on conviuen aquestes realitats, presenten col·lisions en les seves fronteres.

En aquesta pluralitat d'ordenaments jurídics, n'hi ha un de singular. La seva singularitat rau en el fet que aquest col·lectiu que sustenta aquest ordenament no és un poder polític local o una comunitat política determinada, sinó el col·lectiu dels juristes. La ciència jurídica, el *ius commune* o dret comú, és un ordenament que funda la seva potència en l'autoritat dels textos que li serveixen de base i en la dels seus estudiosos, els juristes. És un dret científic i universal, i la seva legitimitat rau sobretot en aquests dos elements. El *ius commune* entra en la vida jurídica medieval a través de l'autoritat dels *sabedors* del dret, no per costum, ni pel poder de determinades autoritats (encara que el poder polític i els juristes estableixin una estreta relació entre ells). Aquests experts intervenen en la redacció dels textos que un senyor, una comunitat política, un gremi, etc., procuren per a fixar el seu dret. Intervenien també en l'elaboració dels documents notariais tan importants per a la consolidació de pràctiques consuetudinàries. També intervenen, i això és el que més ens interessa, en seu jurisdiccional; allà també, de les mans dels juristes, els ordenaments particulars es troben amb aquest que, en canvi, és o pretén ser universal. Tornarem més endavant sobre aquest punt, per ara ens interessa mostrar el parangó entre el pluralisme medieval i el contemporani.

El (neo)pluralisme jurídic té dues manifestacions ben diferenciades. D'una banda, l'afonament de l'ideal vuitcentista de la codificació ha obert el camí a una legislació especial, fragmentada, sempre provisional, en constant substitució. El fenomen de la socialització del dret, que ja hem descrit, obliga l'Estat a legislar sobre les conjuntures que se li presenten, i a intervenir constantment

en l'activitat d'assistència econòmica i d'assistència social. Les complexitats tècniques de la indústria, el comerç i, més recentment, la informàtica, han instat l'Estat a proporcionar veritables ordenaments sectorials que avui semblen tenir vida autònoma. El codi, com sabem, va ser concebut pels juristes de la Il·lustració com a mostra d'unitat normativa i política de l'Estat-nació, una llei permanentment vàlida per a tots els temps i tots els homes. Davant d'aquesta concepció del codi il·lustrat, el codi d'avui sembla més una relíquia, un os sant al qual es recorre només en última instància. Aquest fenomen, evidenciat pel professor italià Natalino Irti als anys 80 del segle passat, s'ha anomenat **descodificació**.

Aquesta manifestació del pluralisme jurídic és de caràcter (intra)estat i es veu complementat o agreujat, segons com es miri, pel pluralisme que es mou en dimensions supra o infraestats.

De fet, la segona manifestació del pluralisme jurídic postmodern prové de fonts i ordenaments jurídics complets i complexos que es desenvolupen en paral·lel a l'ordenament de l'Estat. És el cas, en primer lloc, dels **sistemes infraestats**, com per exemple els ordenaments autonòmics a Espanya i altres estats europeus i americans que reconeixen regions de dret particular. En segon lloc, especialment després de la Segona Guerra Mundial, observem la proliferació d'**ordenaments de caràcter supraestatal**. Aquests ordenaments no són només els tractats internacionals, sinó també els ordenaments que han creat els organismes internacionals com la Unió Europea o les Nacions Unides, quan han fet el pas de convertir-se de tractats entre estats en institucions autònomes.

És evident que, després de l'experiència encara viva del monisme jurídic estatal imposat en l'època del primer constitucionalisme, la forma d'entrada d'aquestes noves fonts o ordenaments en algun moment o altre ha de passar per l'Estat. Amb aquest objectiu, l'Estat mateix genera ficcions que siguin assumibles i permetin mantenir el que podríem anomenar una aparença de sobirania. Per això, els tractats i els ordenaments internacionals han de ser subscrits i ratificats, els tribunals internacionals han de ser reconeguts i la seva jurisdicció acceptada. No obstant això, aquestes noves formes de producció normativa s'han anat configurant com a veritables ordenaments paral·lels, amb principis i vida pròpia.

Així doncs, aquest pluralisme jurídic prové d'un moviment de fragmentació del poder estatal que és generat, tolerat o patit pel mateix Estat. D'aquí que mantingui alguns trets comuns, però també grans diferències amb el pluralisme del món pre-il·lustrat. La primera diferència és que, com ja s'ha advertit, el moviment del qual neix el pluralisme jurídic medieval és un corrent cap a la integració dels diferents ordenaments que es troben dispersos en un escenari medieval. Al seu torn, el monisme del dret contemporani és el resultat de la subjugació posterior sota un mateix poder de tots els poders i els ordenaments jurídics que formaven part d'un mateix context polític. Com abans

de la modernitat il·lustrada, aquest context no estava dominat per cap poder que pogués imposar-se completament als altres; calia que les esferes de poder convisquessin i, per descomptat, que també ho fessin els drets que els pertanyien. De fet, va ser la ruptura de l'equilibri, és a dir, que un dels poders pogués imposar-se sobre els altres, allò que va obrir el camí al monisme polític i legal. El poder en qüestió era el de l'Estat, és a dir, el del rei. Aquests poders, que s'havien generat lentament des de l'alta edat mitjana, van acabar sotmetent-se gradualment a un que es col·locava per sobre dels altres. L'Estat constitucional no va revertir aquesta tendència, al contrari, la va consolidar.

Una altra gran diferència entre el pluralisme jurídic premodern i postmodern és la supervivència de la concepció il·lustrada del dret, en concret de l'actitud dels juristes davant la llei. La modernitat va comportar una revolució en les fonts del dret. Fins en aquest moment la tradició, el costum, la ciència jurídica i fins i tot els textos que avui *a priori* considerariem extrajurídics (com les Sagrades Escripures o els escrits dels pares de l'Església) podien ser font del dret. No obstant això, el projecte liberal de la burgesia suposava la reducció gairebé exclusiva de les fonts a la llei. Aquesta font, que antany mai no va ser hegemònica, es va erigir llavors pràcticament com a única. I no només això, també va sotmetre el jutge a la seva aplicació estricta. Fins llavors, com es veurà més endavant, els jutges no estaven obligats a aplicar les lleis, la mateixa idea de l'aplicació com l'entendem avui en dia resulta fins a un cert punt estranya al pensament jurídic pre-il·lustrat. D'aquesta manera és possible controlar la producció del dret, ja que si la font es redueix a una i aquesta font és a més elaborada completament des de l'Estat, el dret, abans una realitat complexa, quedava sotmès a una sola voluntat, la del legislador. Això suposa que quan parlem de neopluralisme ens referim en bona mesura a un neopluralisme jurídic.

El més important d'aquest apartat, per concloure, és constatar com el pluralisme jurídic, ja sigui en la seva versió medieval més àmplia o en l'actual encara limitada i legalista, pot tenir com a conseqüència que el jutge i els juristes en general es transformin en els protagonistes de l'activitat jurídica.

5.5. La constitucionalització del dret i el nou *ius commune*

Recapitulem

Ja hem estudiat que el dret medieval i de l'Antic Règim és un dret plural en el qual conviuen molts ordenaments jurídics que es caracteritzen com a drets propis (*iura propria*). D'altra banda, com també hem estudiat, hi ha un dret especial entre tots aquests, ja que és universal i tècnic: el dret comú (*ius commune*), cultivat a les universitats a partir de textos romans i canònics, i desenvolupat durant segles.

Així doncs, en el món medieval trobem, en la pluralitat d'aquests ordenaments, un que és científic i molts altres que són més aviat el fruit del costum o de pactes polítics. Per això distingim dos plans o dimensions: un pla universal i científic que ocupava aquest dret cultivat pels juristes i un de particular, plural i propi del costum o els acords d'una comunitat o col·lectiu: els drets propis. Ja hem assenyalat també que en el joc d'aquestes dues dimensions el jutge pot restringir o ampliar l'abast de la segona (drets propis) tot utilitzant de referència la primera (el dret comú). Amb l'avenç de l'absolutisme també agafarà importància el dret general del regne, que emana principalment de la potestat del rei i que utilitza d'instrument preferent la llei. També aquesta llei és interpretada i s'ajusta des del prisma del dret comú, però a poc a poc guanyarà pes i importància juntament amb l'encimbellament del monarca. Sabem, finalment, que en aquest joc el guanyador és el dret del rei, la llei, que després es converteix en la llei de l'Estat constitucional i que elimina els seus rivals: tot unificant el territori sota un mateix ordenament i prohibint qualsevol modificació en l'abast de la llei, amb el pretext de no estar d'acord amb la doctrina, els principis del dret, l'equitat, la ciència jurídica del *ius commune*. Aquest *ius commune* o ciència jurídica de vocació universal tenia com a font de legitimitat l'*auctoritas* dels juristes, no el poder d'un Estat ni d'un príncep. Aquesta, que és la seva principal virtut, és també la seva debilitat. En el pensament d'alguns autors il·lustrats, havia de ser substituït per una mena de dret natural, com era el projecte del jusnaturalisme racionalista; en canvi, el dret es tanca en l'Estat-nació, es fa unidimensional i la dimensió universal queda buida. El jurista se centra en l'estudi d'aquesta legislació estatal, la seva tasca és interpretar-la d'acord amb els paràmetres que ella mateixa li proporciona; el segle XIX està servit.

El primer constitucionalisme va emfasitzar dues qüestions fonamentals: la separació de poders i l'elaboració de catàlegs de drets que havien de ser recollits en la constitució. Tant l'un com l'altre, no obstant això, van presentar problemes en la majoria dels països on el constitucionalisme es va establir. El segon, pel retard relatiu de la seva implantació en algunes tradicions estatals i per les dificultats en la materialització d'aquests drets. El primer, la separació de poders, en teoria, constituïa un sistema de frens que garantia l'abolició del poder absolut mitjançant la divisió i l'equilibri dels poders. Però a la pràctica deixava el poder judicial una mica tocat i, com sabem, no establia gairebé cap fre al poder legislatiu, que tenia la seu al parlament, i també en l'executiu. Al mateix temps, un monisme jurídic, que reconeixia la llei com a l'única o pràcticament l'única font del dret, es va imposar a través de la constitució i els codis. D'aquesta manera, la burgesia –o, en general, les oligarquies que s'incorporen al projecte polític– va assumir el control de la producció del dret i de tot el dret. D'aquí que es repetís tantes vegades i de tantes maneres la famosa afirmació de Montesquieu sobre els jutges com a *boca de la llei*. Les constitucions,

després del moment fundacional en què el poder constituent es manifestava i s'hi materialitzava, decauen en importància, no hi ha recursos perquè tinguin aplicació ni controls que obliguin el legislador a cenyir-s'hi.

Tanmateix, des de la segona meitat del segle XX, el fenomen de la constitucionalització del dret ha suposat la introducció d'un nou esquema que col·loca les peces del sistema en una posició diferent i que dona un nou sentit. No és el meu objectiu abordar aquí les diferents concepcions i judicis que es debaten avui en la doctrina sobre aquest fenomen i, en particular, sobre el neoconstitucionalisme. A propòsit de la supremacia de la constitució i totes les postures que aborden el problema, només m'interessa constatar un fet essencial i molt simple: **des de mitjan segle XX sembla cada vegada més plausible i més justificat que un jutge restringeixi l'aplicació o deixi d'aplicar una norma perquè aquesta s'oposa als principis establerts en la constitució.**

Supremacia de la constitució

Ja hem vist com aquesta estructura té la seva font en els postulats de Kelsen que entén el dret com una piràmide de jerarquies, però no només en això, sinó també en la necessitat de l'Estat de salvaguardar els drets socials i polítics que, sobretot des del període començat entre les guerres, formen part de l'activitat de l'Estat.

Per aconseguir aquest propòsit, el del control constitucional, s'han desplegat bàsicament dos models: el control constitucional difús i el concentrat. En el primer, qualsevol jutge (o una categoria de nombre i distribució geogràfica significativa) pot sotmetre a control una llei o un reglament per dictaminar si es troba o no en l'àmbit de discrecionalitat que la constitució autoritza al legislador. En el segon, el control constitucional concentrat, aquesta l'activitat és exercida per un organisme que té una competència especial en aquest assumpte. Com a norma general parlem d'un tribunal constitucional o bé del tribunal superior d'un Estat que també exerceix aquestes funcions i al qual els jutges o els particulars poden adreçar-se quan hi hagi dubtes sobre la constitucionalitat d'una norma.

Aquesta estructura és també com la de la llei medieval, bidimensional. Efectivament, des de la creació d'instàncies jurisdiccionals supraestatals, des de la globalització de la informació a l'abast dels juristes, des de l'esgotament d'alguns aspectes model del dret il·lustrat a causa de fenòmens com el de la descodificació, però sobretot des del procés de constitucionalització del dret, el panorama contemporani s'apropa a l'escenari jurídic previ a la instauració de l'Estat constitucional al segle XIX.

L'aplicació directa de la constitució per part dels jutges ha obert potser la bretxa definitiva en el petri ordenament jurídic plantejat per la modernitat. És evident que això no s'ha produït en una oberta vulneració dels principis que el regeixen des del segle XIX, sinó indirectament. La part dogmàtica de les constitucions i la seva aplicació directa, que pot deixar sense aplicació normes de caràcter inferior, no constitueix en si mateixa una ruptura del monopoli estatal sobre la producció del dret. No obstant això, com sabem, les constitucions i especialment el seu capítol dogmàtic són extremadament oberts en termes de significació i abast. A més, aquest és un altre punt important, són bastant coincidents entre els diferents estats. Doncs bé, aquest fet fa possible que a través de la interpretació s'integri la doctrina i la jurisprudència creadora del dret d'una manera que no era concebible fins a poques dècades enrere; que

s'integri no només la doctrina i la jurisprudència nacionals, sinó aquella que es produeix a tot el món que comparteix determinats elements estructurals dels seus ordenaments jurídics. En aquests països de tradició comuna, on el diàleg doctrinal és relativament fluid, no és possible negar que la doctrina i la jurisprudència internacionals siguin una font rellevant, i fins i tot molt rellevant, en l'aplicació i la determinació del dret nacional («derecho patrio»).

Es tracta, doncs, d'una doctrina dialogant i internacional. I no només això, és una doctrina científica totalment similar a la ciència jurídica premoderna en almenys tres sentits.

- En primer lloc, perquè és elaborada pels experts en dret i sense suport potestatiu explícit, la seva font de validesa rau precisament en l'*auctoritas* d'aquells que l'esgrimeixen. Aquesta era la manera com es va expandir el dret comú medieval el contingut del qual, més enllà del text que s'analitzava, era precisament l'opinió dels doctors en dret.
- En segon lloc, aquesta ciència jurídica postmoderna també es vincula d'alguna manera a un text porós des del qual es construeix la doctrina. En el món premodern, aquest text era el dret romà i canònic; en el postmodern, és el text de les constitucions i els tractats. Tot i que, a diferència dels textos medievals, el text constitucional no és únic en l'escenari internacional en termes de garanties i drets fonamentals, com ja s'ha assenyalat, és força homogeni entre els estats, especialment si han anat signant tractats internacionals. D'aquesta manera, una altra vegada la doctrina esdevé l'artífex del dret a través d'un text que la necessita, que no és suficient per si mateix, com era el cas dels textos de dret romà i canònic, i com avui són els aparats dogmàtics de les constitucions estatals i les declaracions i els tractats internacionals. Aquesta última característica permet afirmar el tercer aspecte en què es poden comparar aquestes dues realitats, la postmoderna i la premoderna.
- Com la premoderna, la ciència jurídica actual és universal. Aquesta universalitat s'entén a la manera medieval, és a dir, dins d'un marc cultural (occidental) i com a resultat de la independència de la doctrina (de caràcter transnacional) en relació amb els ordenaments adequats de cada país i de les seves fonts de poder i legitimitat. Per tant, no és estrany que aquest nou funcionament hagi evocat en alguns juristes el record de l'antic *ius commune*.

Aquest escenari deixa el jutge d'avui en una posició similar a la dels seus predecessors llunyans. Com aquells, el jutge de la postmodernitat pot concebre el dret en dos plans, un d'universal i un altre de particular. Com ja hem assenyalat, en el dret premodern aquesta dualitat es plasmava en el binomi drets propis-dret comú. Un de particular, propi del desenvolupament social i jurídic d'una comunitat d'usuaris; i un altre d'universal i científic desenvolupat pels juristes amb independència dels poders polítics (encara que sovint els co-

neixedors del dret estiguessin, com avui, al servei d'aquests poders). Davant d'aquest ordenament que es desdobra i finalment es converteix en dos ordenaments connectats, el jutge és el centre de l'activitat jurídica, sobretot en els casos que més interessin, allà on hi ha conflicte entre les regles de l'un i de l'altre.

Un exemple de la bidimensionalitat del dret es pot trobar quan un jurista, un professor o un jutge argumenta les seves decisions o postures sobre la base, per exemple, de la jurisprudència alemanya sobre la llibertat personal. El raonament no es funda ni en la concepció del dret a la llibertat dels ciutadans alemanys, ni en el seu ordenament jurídic, sinó en la que tenen els seus tribunals més prestigiosos. No hi ha raons legals en l'ordenament intern de la majoria dels països per preferir els arguments d'un tribunal superior als d'un tribunal inferior d'un determinat país estranger (com sí que n'hi ha en el cas del dret intern) o per preferir els arguments de la jurisprudència d'un país en lloc d'un altre; no obstant això, com és palès, això passa. En aquest punt, el recurs a la jurisprudència estrangera o de la doctrina estrangera depèn, com el recurs al dret comú en el món premodern, de l'*auctoritas* que ostenta la persona que és citada. Així, sigui quina sigui la justificació d'aquesta operació, en termes pràctics el jurista que l'accepta posa el jutge davant d'un dret que no és unidimensional, sinó bidimensional o multidimensional, com el dret premodern. Aquesta segona dimensió universal actua igual que el dret comú: limitant, ampliant o restringint l'eficàcia de la primera. Així, per via d'interpretació o d'una resolució d'un tribunal constitucional, una llei pot veure alterat el seu abast o fins i tot ser deixada sense cap efecte segons si s'ajusta o no a la constitució i a la doctrina que en deriva.

Aquesta dualitat no és, com hem estat insistint, res de nou. Al contrari, durant diversos segles era quelcom característic del dret occidental. Ara, en perspectiva, la modernitat sembla ser l'excepció en un recorregut de mil anys. Certament, els juristes premoderns no s'enfrontaven a les fonts del dret de la mateixa manera que els juristes i els jutges ho fan avui. No obstant això, es poden observar grans similituds respecte a les regles que van tenir en compte els primers a l'hora de definir com havien d'interactuar ambdós plans del dret, especialment en la que ja hem esmentat, la norma *odia restringi* (ampliar o restringir el sentit de les normes segons si estan o no d'acord amb el dret comú) que va acabar suprimida pels codis en nom de la unidimensionalitat. Però aquesta simplificació ha acabat cedint a la renovada complexitat dels ordenaments jurídics que porta a la ment la tradició més antiga del dret occidental. Avui, la relació que hi ha entre el nou dret comú de caràcter constitucional i el dret nacional (propi) és molt similar a la proposada per la regla *odia restringi*. Efectivament, ja fa dècades, i aquest és un problema acusat de la realitat jurídica contemporània, que els jutges apliquen i interpreten restrictivament les normes legals que s'oposen al text constitucional. O dit amb unes altres paraules, apliquen de manera restrictiva o fins i tot no apliquen regles estatals quan s'oposen a la doctrina universal, la ciència jurídica contemporània.

5.6. La Unió Europea

Després de la Segona Guerra Mundial, la reacció d'Europa és la lluita per la unitat i la pau. Aquesta pau passa per unes relacions econòmiques estretes que contrasten amb els règims tancats que van protagonitzar la guerra. Poc després de l'acabament del conflicte, es van crear una sèrie d'associacions amb aquesta finalitat, que van acabar unificant-se el 1967 en la Comunitat Europea. Es va transformar així en institució una iniciativa que apel·lava a aquella unitat cultural dels europeus que havia estat contaminada per la violència de dues guerres. En la dècada dels noranta, els països membres eren dotze, el 2013 ja eren vint-i-vuit.

Inicialment, la Comunitat no era res més que una associació d'estats que promovia la col·laboració, però gradualment esdevindrà una figura que, si bé no és un Estat, adopta diverses de les seves estructures, poders i funcions. A poc a poc es convertirà en un poder que comença a operar amb una certa autonomia, a generar instàncies de control i, el que més ens interessa aquí, a desenvolupar un ordenament jurídic. Sobretot des de la dècada dels anys 80 i després als 90, quan canvia el seu nom pel d'Unió Europea, aquest ascens és evident. Aviat la Unió Europea va inaugurar un mercat comú, una moneda, unes institucions que li van donar més legitimitat democràtica, va restaurar la lliure circulació de persones (dins d'Europa) trencada per les guerres i, en definitiva, va generar l'espai d'unitat europea més sòlid i ampli des de la desintegració de l'Imperi romà d'Occident.

A mesura que aquest avanç va créixer, moltes veus la van denunciar perquè significava una pèrdua de sobirania de l'estat. L'estat havia estat definit pels teòrics del segle XIX per certes qualitats com el monopoli de la força, el monopoli de la creació del dret (lei), el control de l'economia i les finances, l'encunyació de moneda, l'exèrcit propi, les fronteres definides, etc. La Unió Europea significa relativitzar i qüestionar aquestes premisses, ja que en gairebé totes aquestes qüestions intervé o es preveu que hi intervingui. Es van crear llavors, i també avui, certes tensions entre els Estats i els centres de poder de la Unió, i també entre les diferents posicions dins dels Estats.

L'existència de la Unió Europea fa que el paisatge jurídic sigui encara més complex, tal com hem vist quan tractàvem el neopluralisme. En poques dècades ha aconseguit no només crear un ordenament legal, també ha col·locat a la part superior de l'ordre judicial els seus tribunals i ha aconseguit incorporar tant una cosa com l'altra en l'esdevenir quotidià de l'Administració pública i l'Administració de justícia dels països membres. Per això, alguns parlen d'un nou dret comú referint-se al de la Unió Europea. És veritat que opera així, la legislació de la Unió s'està incorporant a la dels estats i, a poc a poc, s'avança cap a una certa unificació, una com la que va generar el dret comú a l'edat

mitjana. En el fons, aquesta nova unificació s'està duent a terme sobre les restes d'una d'anterior que es va produir amb l'expansió del dret comú per tota Europa i Amèrica.

És per això que trobo preferible assumir, en primer lloc, el fenomen d'un nou dret comú en un marc més ample, el qual inclou tots els països de la mateixa tradició jurídica i, després, en aquest univers, apreciar el caràcter excepcional del fenomen europeu. En aquest dret comú, que engloba tots els països de tradició jurídica romanogermànica, la UE es presenta com un pol on aquest dret adquireix la materialitat en tribunals i legislació diferents de la dels estats. Veurem si aquest nou pol de poder segueix el camí que van seguir els estats, és a dir, concentrar gradualment el poder avui dispers entre els que el componen.

6. Epíleg. El pessimisme i la crisi de l'estat del benestar

El millor indicador de la crisi de la modernitat il·lustrada és la crisi de la idea de progrés. Obríem aquesta aquest mòdul en aquest punt, el del progrés com a teló de fons de la modernitat il·lustrada. La idea de progrés, dèiem, deixa el passat enrere i també més avall, com a quelcom superat, caduc. La raó és que el futur és una promesa de benestar generat per l'avenç tecnològic i moral. Aquesta fe en el progrés ha patit diversos cops, un de fort va ser el de les guerres mundials. Després d'Hiroshima és més difícil parlar de progrés moral de la humanitat. Però sens dubte, els cops més durs a la creença del progrés provenen de dos fenòmens més recents i profundament interconnectats: la crisi mundial del capitalisme que arrossega una crisi de l'estat del benestar, i la crisi ecològica.

La crisi del capitalisme té moltes cares, aquí ens importa la que entra en tensió amb l'estat del benestar. L'acumulació de capital a escala planetària ha convertit l'Estat, cada vegada de manera més acusada, en un competidor més en aquest escenari. Un escenari que disminueixi garanties per als treballadors i la població en general. A Europa això és especialment notable a causa dels nivells que aquest Estat ha aconseguit assolir. El seu èxit, com dèiem, té molt a veure amb l'amenaça soviètica durant els anys de la Guerra Freda, però des de la caiguda del teló d'acer el 1989 aquesta variable va deixar d'existir. Això, juntament amb una remodelació del món en un sentit polític, econòmic i cultural que és evident en el que portem de segle XXI, ha situat aquest model en una crisi que, provocada o inevitable, erosiona i asseca un oasi com ho ha estat l'uropeu durant bona part de la segona meitat del segle XX i la primera del XXI. L'estat del benestar i el seu fonament, la solidaritat social, que van servir de contrapunt i de referent per al món comunista i també per al capitalisme més radical, perd pes en el concert de les nacions que sembla haver acceptat una forma de capitalisme en mutació, que ja no és el de la Guerra Freda, i els horitzons del qual, que segurament aniran de la mà de la robotització i determinats per la crisi ecològica, costen d'albirar.

Jürgen Habermas ha aprofundit en aquesta crisi de l'estat del benestar, tant des del punt de vista econòmic que hem assenyalat, com des del de la seva racionalitat com a catalitzador dels interessos generals i no dels particulars dels grups de pressió. La desvinculació política de la població davant la frustració de les expectatives de l'acció econòmica i administrativa per part de l'Estat també genera una crisi de legitimitat, justament entre aquells que més es beneficien d'un Estat del benestar en bona forma.

En aquest punt és interessant centrar l'atenció en el desenvolupament històric dels moviments socials i el dret del treball. Les seves conquestes al segle XIX i especialment al segle XX són de gran actualitat. Encara que n'hi ha molts més, es poden destacar tres aspectes que ho palesen: primer, els moviments obrers anteriors més primerencs tenien a veure amb el deteriorament de les condicions econòmiques experimentades pels artesans que es van veure convertits en treballadors, l'activitat dels quals va ser substituïda en bona part per les màquines. La nova tecnologia d'aquell món, que començava a conèixer la indústria, despertava l'esperit combatiu dels que s'anomenaven luddistes i les protestes dels quals s'expressaven amb la destrucció de màquines com a mitjà per obtenir una millor posició negociadora. El moviment luddista va aparèixer a principis del segle XIX i va tenir la seva seu principal a Anglaterra, el país més industrialitzat del món en aquell moment. Avui s'observa un problema similar pel que fa a la robotització de la producció industrial.

En segon lloc, els drets que suposa el contracte de treball i les garanties que l'Estat ha anat reconeixent als treballadors per compte aliè són, des d'una perspectiva empresarial, grans obstacles per al desenvolupament dels negocis o l'obtenció de més rendibilitat econòmica. D'aquí ve que observem com, en dècades recents i cada vegada amb més freqüència, hi hagi la tendència a evitar la relació laboral i convertir la relació entre empresari i proveïdor de serveis en una relació civil ordinària, com ho va ser el contracte d'arrendament d'obra abans del naixement del dret del treball. Tornem així al principi, una relació entre dues persones en contextos diferents i amb diferent poder de negociació que el dret tracta com a iguals.

En tercer lloc, la crisi del treball; cada vegada la mà d'obra és menys necessària per a la producció. Producció i treball es deslliguen i això converteix la classe treballadora en potencialment prescindible o almenys més prescindible que fins ara. Aquest fenomen ha motivat la reflexió de nombrosos experts per provar d'anticipar el futur. És probable, assenyalen molts d'ells, que el treball estable i relativament ben remunerat no sigui una condició normal, sinó totalment excepcional en pocs anys. D'aquí ve que també es discuteixin les virtuts i els desavantatges de la implementació d'una renda bàsica. El model productiu i el social estan vinculats per les rendes del treball; si el treball és escàs, s'hauran de trobar altres maneres de sostenir la població encara que, com es pot albirar, aquestes formes la sumeixin en la precarietat.

Aquesta situació d'incertesa, la crisi dels sistemes de solidaritat social i la del capitalisme en general, generen una clara posició pessimista sobre el futur; si a això hi afegim la crisi climàtica, la perspectiva es torna encara més negativa. El dret no és immune a l'actitud espiritual del seu temps, mai no ho ha estat i així com la Il·lustració no es pot entendre sense la idea de progrés, l'època actual està profundament determinada per la caiguda d'aquest teló de fons que deixa al descobert els ossos de l'escenografia de la modernitat.

Bibliografia

- Bellomo, Manlio** (1994). *L'Europa del diritto commune*. Roma: Il Cigno.
- Berman, Harold J.** (1983). *Law and Revolution. The formation of Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bravo Lira, Bernardino** (2006). *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Cannata, Carlo Augusto** (1996). *Historia de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos.
- Carbonell, Miguel** (ed.) (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Caroni, Pio** (2012). *Escritos sobre la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Caroni, Pio** (2013). *Lecciones de historia de la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Cazzetta, Giovanni** (2011). *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: Giappichelli.
- Comanducci, Paolo** (2010). «Constitucionalización y neoconstitucionalismo». En: Miguel Carbonell; Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional (173-190)*. Madrid: Trotta.
- Díez del Corral, Luis** (1984). *El liberalismo doctrinario*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Grossi, Paolo** (1997). «Un derecho sin Estado: La noción de autonomía como fundamento de la Constitución jurídica medieval». *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (núm. 9, pàg. 167-178).
- Grossi, Paolo** (2007). *Europa y el derecho*. Barcelona: Crítica.
- Guzmán Brito, Alejandro** (1977). *La fijación del derecho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Guzmán Brito, Alejandro** (2000). *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán Brito, Alejandro** (2012). «La codificación como programa constitucional en Francia, España e Iberoamérica durante el siglo XIX». *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39, núm. 3, pàg. 879-889).
- Herzog, Tamar** (2019). *Una Breve Historia del Derecho Europeo. Los últimos 2500 años*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hespanha, Antonio Manuel** (1998). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- Iglesias Garzón, Alberto** (2010). *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Irti, Natalino** (1978). «L'età della decodificazione». *Diritto e Società* (pàg. 613 i s.). Reeditado en: Marta Lorente Sariñena; Jesús Vallejo Fernández (coord.) (2012). *Manual de Historia del Derecho*. València: Tirant lo Blanch.
- Merryman, John Henry; Pérez-Perdomo, Rogelio** (2007). *The Civil Law Tradition*. Stanford: Stanford University Press.
- Mousourakis, George** (2015). *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. Cham: Springer.
- Pérez Collados, José María** (2014). «El concepto de jurista y su deconstrucción durante el proceso histórico de formación del Estado». *e-SLegal History Review*, (núm. 18).
- Prieto Sanchís, Luis** (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Stein, Peter G.** (2001). *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Madrid: Siglo XXI.

Tarello, Giovanni (1976). *Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino.

Tau Anzoátegui, Victor (1992). *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Tomás y Valiente, Francisco (1995). *Manual de historia del derecho español*. Madrid: Tecnos.